

MASTER'S THESIS

Plas/Valburg in de 21ste eeuw

De betekenis van het arrest Plas/Valburg in de recente jurisprudentie van de Hoge Raad binnen het vraagstuk van de afgebroken onderhandelingen

Spaaij, T.K.H.

Award date:
2020

Awarding institution:
Department of Private Law

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain.
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 05. May. 2023

Open Universiteit
www.ou.nl



PLAS/VALBURG IN DE 21STE EEUW

De betekenis van het arrest Plas/Valburg in de recente jurisprudentie van de Hoge Raad binnen het vraagstuk van de afgebroken onderhandelingen



Open Universiteit
www.ou.nl

Student: T.K.H. Spaaij
Studentnr: 852040040
Begeleider: mr. J.J. Ebbinga
Examinator: prof. mr. J.G.J. Rinkes
Datum: 18 september 2020

Inhoud

Inleiding	- 4 -
1.1 Achtergrond	- 4 -
1.3 Opbouw	- 8 -
2. De Hoge Raad inzake de precontractuele fase	- 10 -
2.1 Plas/Valburg	- 10 -
Maatstaf	- 11 -
Analyse	- 12 -
2.2 De precontractuele fase tot invoering van het NBW	- 12 -
VSH/Shell	- 12 -
Het arrest Vogelaar/Skil	- 13 -
Analyse	- 13 -
2.3 Het Nieuw Burgerlijk Wetboek	- 14 -
2.4 De arresten tot 2005	- 14 -
Het arrest De Ruijterij/MBO-Ruiters	- 14 -
Het arrest ABB/Staat	- 14 -
Analyse	- 15 -
2.5 Het arrest CBB/JPO	- 15 -
Maatstaf	- 15 -

Verhouding CBB/JPO tot Plas/Valburg	- 16 -
Analyse	- 16 -
2.6 De jurisprudentie van de Hoge Raad sinds 2005.....	- 16 -
Artikel 81 Wet op de Rechterlijke Organisatie.....	- 16 -
De “grievendiscussie”	- 17 -
Vollenhoven/Shell	- 18 -
Heijmans c.s./DLO (samenwerkingsovereenkomst)	- 19 -
De onderhandelingsovereenkomst.....	- 19 -
Greenib Car/Van Dam (intentieverklaring)	- 20 -
2.7 Conclusie hoofdstuk 2	- 21 -
De verwijzingen naar Plas/Valburg sinds 2005.....	- 21 -
Bron van verbintenis.....	- 22 -
3. Literatuur inzake de precontractuele fase	- 24 -
3.1 De waardering van Plas/Valburg in de literatuur	- 24 -
3.2 Bron van de verbintenis tot schadevergoeding of dooronderhandelen	- 29 -
Redelijkheid en billijkheid	- 29 -
Onrechtmatige daad.....	- 31 -
Ongerechtvaardigde verrijking.....	- 32 -
3.3 Conclusie hoofdstuk 3	- 33 -

Conclusie en beschouwing.....	- 36 -
4.1 Conclusie	- 36 -
4.2 Beschouwing	- 38 -
4.3 Afsluitende opmerking	- 39 -
Jurisprudentielijst.....	- 40 -
Aangehaalde literatuur tijdschriften.....	- 42 -
Aangehaalde literatuur boeken.....	- 44 -

Inleiding

1.1 Achtergrond

Het Nederlandse recht is voortdurend in ontwikkeling. Zo ook het contractsbegrip. Met de overeenkomst (het contract) verplichten partijen zich tot de uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenissen. Het begrip verbintenis wordt in de wet niet omschreven. Onder verbintenis moet worden verstaan een vermogensrechtelijke betrekking tussen twee of meer personen, krachtens welke de een jegens de ander tot een prestatie gerechtigd is en deze jegens gene tot die prestatie verplicht is.¹ Art. 6:1 Burgerlijk Wetboek (BW) bepaalt dat verbintenissen slechts kunnen ontstaan indien deze uit de wet voortvloeien. In beginsel is de wet de exclusieve bron voor verbintenissen.² In art. 6:213 BW is bepaald dat indien er sprake is van een overeenkomst, partijen verbintenissen met elkaar aangaan. Aan het bestaan van die verbintenissen worden door de wetgever belangrijke rechtsgevolgen verbonden, verbintenissen zijn in beginsel in rechte afdwingbaar (art. 3:296 BW).

Voor het sluiten van een overeenkomst moet sprake zijn van aanbod en aanvaarding, aldus art. 6:217 BW. Aanbod en aanvaarding zijn eenzijdige rechtshandelingen, uitingen van de wil van de handelende persoon of personen, die is gericht op het doen ontstaan van rechtsgevolg. Sieburgh definieert de overeenkomst als:

*“Een overeenkomst is, kort gezegd, een rechtshandeling, tot stand gekomen door de overeenstemmende en onderling afhankelijke wilsverklaringen van twee of meer partijen, gericht op het teweegbrengen van rechtsgevolg ten behoeve van een van de partijen en ten laste van de andere partij, of ten behoeve en ten laste van beide (alle) partijen over en weer.”*³

Art. 3:33 BW stelt dat een rechtshandeling een op een rechtsgevolg gerichte wil betreft die zich openbaart door een verklaring. Hiermee heeft de wetgever tot uiting gebracht dat de (verklaarde) wil van de handelende persoon een handeling tot een rechtshandeling stempelt.⁴ Ons rechtssysteem gaat echter niet uit van de wil alleen. De wilstheorie wordt in art. 3:35 BW gecombineerd met de vertrouwenstheorie. Art. 3:35 BW bepaalt dat een rechtshandeling/overeenkomst ook tot stand kan komen doordat de handelende persoon het vertrouwen heeft gewekt⁵ dat zijn wil was gericht op deze totstandkoming.⁶

¹ Sieburgh 2016/2

² Uit het woordje “voortvloeien” van art. 6:1 BW volgt echter dat de verbintenissen niet letterlijk in de wet hoeven te staan, maar moeten passen in het systeem van de wet dan wel aansluiten bij de in de wet geregelde gevallen. Deze ruime uitleg werd voor het eerst uitdrukkelijk aanvaard in HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AI1600, NJ 1959, 548 (*Quint-Te Poel*). Zie hierover ook Sieburgh 2012, p. 48 e.v.

³ Sieburgh 2018/8

⁴ Volgens de wilstheorie moet weliswaar de wil op enigerlei wijze zijn geuit, zodat er een natuurlijke band bestaat tussen wil en verklaring, doch is het niettemin in wezen de wil die de overeenkomst tot stand doet komen. Zie hierover Sieburgh 2018/122.

⁵ Zie uitvoerig over de wilsvertrouwensleer Bakker, R&P 2012, nr. CA6, par. 2.3.4:

“Belangrijk is dus de wilsvertrouwensleer: de overeenkomst komt normaliter tot stand op grond van de wil van de verklarende. Eerst indien bij hem de (met de verklaring corresponderende) wil ontbreekt, kan de gebondenheid aan de verklaarde wil worden gegrond op het gerechtvaardigde vertrouwen van de wederpartij dat de wil en de verklaring van de overeenstemden.”

⁶ *Kamerstukken I* 1979/80, 3770, 46, p. 10.

“Het opgewekte vertrouwen sluit een beroep op gemis aan wil uit, zodat de rechtshandeling tot stand komt”

De wetgever heeft in de vorm van art. 3:35 BW een beschermingsregel in het leven geroepen voor diegene die gerechtvaardigd mocht vertrouwen dat verklaring en gedraging met elkaar overeenstemmen.

Het aangaan van een overeenkomst kan verstrekkende gevolgen hebben. Voorafgaand aan het tot stand komen van complexere overeenkomsten voeren partijen dan ook vaak uitvoerige onderhandelingen alvorens in de overeenkomst vast te leggen waartoe zij zich verplichten. Uitgangspunt van het contractenrecht is de contractsvrijheid: het staat partijen in beginsel⁷ vrij om met elkaar in onderhandeling te treden.⁸ Contractsvrijheid wil echter niet zeggen dat de onderhandelingsfase geen rechtsgevolg kan hebben. In het arrest Baris/Riezenkamp⁹ oordeelde¹⁰ de Hoge Raad:

“(…) dat immers partijen, door in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst, tot elkaar komen te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste, rechtsverhouding, medebrengende, dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij (…).”

Baris/Riezenkamp stelt derhalve dat tussen partijen in de onderhandelingsfase een door de “goede trouw” beheerste rechtsverhouding¹¹ bestaat.¹² Aan die “goede trouw” (oftewel redelijkheid en billijkheid¹³) in de onderhandelingsfase gaf de Hoge Raad in het arrest Plas/Valburg¹⁴ nadere invulling. Door in onderhandeling te treden bestaat er een door de redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding. Deze rechtsverhouding kan, zo blijkt uit het arrest Plas/Valburg, in het geval van afbreken van onderhandelingen leiden tot een verplichting tot schadevergoeding, danwel tot dooronderhandelen.

In de literatuur wordt doorgaans in het arrest Plas/Valburg drie fasen gelezen, ook wel de Plas/Valburg doctrine genoemd.¹⁵ Daarbij moet worden aangetekend dat de Hoge Raad de drie fasen in het arrest niet letterlijk benoemt.¹⁶ De drie fasen die in de literatuur in het arrest worden onderscheiden zijn:

⁷ In beginsel, want art. 3:40 BW beperkt de vrijheid vanuit openbare orde en goede zeden. Zie ook *Jansen, Themis 2019* over de (beperkte) contractsvrijheid tijdens oorlogstijd

⁸ Wessels 1998, p. 63.

⁹ HR 15 november 1957, ECLI:NL:PHR:1957:AG2023 (*Baris/Riezenkamp*)

¹⁰ Zie hierover kritisch: Grinten, AA 1957, p. 107;

“Wil men deze verhouding (onderhandelen, red.) als rechtsverhouding bestempelen, dan kan dit m.i. slechts langs deze weg gebeuren, dat de verhouding wordt beheerst door de goede trouw en daarom een rechtsverhouding is. Alsdan draait men echter in een kringetje rond. Er is een rechtsverhouding, omdat de verhouding wordt beheerst door de goede trouw en de goede trouw beheerst de verhouding, omdat zij een rechtsverhouding is.”

¹¹ De wetgever geeft geen definitie van het begrip “rechtsverhouding”. *Kamerstukken II 1970/71, 3770, 3, p. 915*. Zie over de term “rechtsverhouding” Groeneveld 2015:

“Wat de wetgever met het begrip ‘rechtsverhouding’ heeft bedoeld, blijkt niet uit de parlementaire geschiedenis. Ook de arresten van de Hoge Raad waarnaar de wetgever verwijst, geven geen definitie van de term ‘rechtsverhouding’.”

¹² Daarbij stelt de Hoge Raad dat onderhandelende partijen ieder voor zich maatregelen moeten nemen om te voorkomen dat zij onder de invloed van onjuiste voorstellingen de overeenkomst aangaan. Waar die grens tussen onderzoeksplicht en mededelingsplicht precies ligt is niet exact bepaald, zie hierover Castermans 1992, p. 21 e.v.

¹³ De Hoge Raad heeft het over de (objectieve) goede trouw, thans opgenomen in de art. 3:12 BW als redelijkheid en billijkheid. Zie hierover Jansen, *R&P 2012*, par 2.2.2:

“De wettelijke definitie van de redelijkheid en billijkheid wordt in art.3:11 BW voorafgegaan door een omschrijving van het verwante begrip ‘goede trouw’. Deze term werd onder het oude BW in brede zin gebruikt ter aanduiding van, kort gezegd, het geheel van eisen die aan de kennis en het handelen van partijen bij een verbintenis werden gesteld. Daaronder vielen zowel de ‘subjectieve’ als de ‘objectieve’ goede trouw, (...) Laatstbedoelde variant, die een gedragsnorm behelst, wordt naar huidig BW tot uitdrukking gebracht met het begrippenpaar ‘redelijkheid en billijkheid’ (art. 3:12 Bw). De andere variant, de subjectieve goede trouw, die ziet op de (on)verschoonbaarheid van een gebrek aan kennis, wordt thans exclusief betiteld met de term ‘goede trouw’ (art. 3:11 Bw). Aangezien de kennis van justitiabelen doorgaans van invloed is op hun gedrag, kan tussen subjectieve en objectieve goede trouw in de praktijk geen scherp onderscheid worden gemaakt. Dienovereenkomstig is voor de invulling van (pre)contractuele informatieplichten - die zich tenslotte bevinden op de scheidslijn van gedragsnormering en kennistoetsing - naast de redelijkheid en billijkheid ook de subjectieve goede trouw van groot belang. Dat blijkt bijvoorbeeld op het terrein van de wilsvetrouwensleer.”

¹⁴ HR 18 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4405 (*Plas/Valburg*)

¹⁵ Zie o.a. Sieburgh 2014/197 en Valk 2016, par. 80

¹⁶ Oorzaak daarvan zijn de gebroeders Dion, aldus Tjittes, *Themis 2016-5*, p. 237-268

- fase 1) De fase waarin partijen vrijelijk uit de onderhandelingen kunnen terugtreden.¹⁷
- fase 2) De fase waarin het de onderhandelende partijen niet vrij staat de onderhandelingen af te breken zonder het negatief¹⁸ contractsbelang te vergoeden.¹⁹
- fase 3) De fase waarin het afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar is en het positief²⁰ contractsbelang wordt vergoed of een verplichting bestaat tot dooronderhandelen.²¹

Opmerkelijk is dat de Hoge Raad in het arrest Plas/Valburg geen bron van verbintenis benoemt welke ten grondslag ligt aan de schadeplicht of de verplichting om door te onderhandelen.

In 1987 deed de Hoge Raad nog tweemaal uitspraak over het afbreken van onderhandelingen. In het arrest VSH/Shell²² oordeelt de Hoge Raad:

(...) dat Shell en VSH verplicht waren hun gedrag mede te doen bepalen door elkaars gerechtvaardigde belangen en dat het Shell te allen tijde vrijstond de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van VSH in het tot stand komen van de overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval niet gerechtvaardigd — d.w.z. onaanvaardbaar — zou zijn.

In het arrest Vogelaar/Skil²³ stelt de Hoge Raad:

“(...) ook als partijen anders dan door 'onderhandelingen' betrokken zijn bij het voorbereiden van een tussen hen te sluiten overeenkomst, zal in het algemeen dezelfde maatstaf voor toepassing in aanmerking komen als in geval van afgebroken contractonderhandelingen moet worden gehanteerd bij de beoordeling van de vraag of het afbreken tegenover de wederpartij onaanvaardbaar is.”

De door de Hoge Raad genoemde criteria zijn ook terug te vinden in het uiteindelijk niet ingevoerde artikel 6.5.2.8 a Nieuw Burgerlijk Wetboek (NBW).²⁴ Het voorgestelde wetsartikel lijkt de uitspraken van de Hoge Raad te willen codificeren. In de parlementaire geschiedenis wordt aangegeven dat men de nog niet uitgekristalliseerde rechtsontwikkeling aan de rechtspraak wilde overlaten.²⁵

¹⁷ HR 18 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4405 (Plas/Valburg) r.o. 3.5

¹⁸ Sieburgh 2014/197:

“Het negatief contractsbelang betreft de kosten die met de zonder succes gevoerde onderhandelingen waren verbonden (berekeningen, reizen enz.) en de schade doordat de benadeelde een ander contract met een derde heeft gemist.”

¹⁹ HR 18 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4405 (Plas/Valburg) r.o. 3.5

²⁰ Sieburgh 2017/197:

“Het zogenoemde positieve contractsbelang. Doordat de overeenkomst niet wordt gesloten, mist de benadeelde de voordelen die daaruit voor hem zouden voortvloeien. Vergoeding van het positieve belang impliceert de gederfde winst en de kosten die in de onderhandelingsfase zijn gemaakt, voor zover deze in de contractsprijs zouden zijn verdisconteerd.”

²¹ HR 18 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4405 (Plas/Valburg) r.o. 3.4

²² HR 23 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0018 (VSH/Shell)

²³ HR 31 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0255 (Vogelaar/Skil)

²⁴ PG Inv. Boek 6, art. 6.5.2.8 a. Voorgesteld werd:

‘Onderhandelende partijen zijn verplicht hun gedrag mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen. Ieder van hen is vrij de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigde vertrouwen van de wederpartij in het tot stand komen van een overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn.’

Zie hierover Vries 2016, p.98

²⁵ PG Inv. Boek 6, p. 1448

Na de invoering van het NBW in 1992 wees de Hoge Raad in 2005 het door velen in de literatuur²⁶ als richtinggevend beschouwde arrest CBB/JPO. In dat arrest formuleerde de Hoge Raad een strenge, doch terughoudend toe te passen²⁷ maatstaf voor de beoordeling van de schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen met verwijzing naar de eerdere arresten VSH/Shell, ABB/Staat en De Ruijterij/MBO-Ruiters.²⁸ De Hoge Raad:

“(…) dat als (strenge en tot terughoudendheid nopende, red.) maatstaf voor de beoordeling van de schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen heeft te gelden dat ieder van de onderhandelende partijen - die verplicht zijn hun gedrag mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen - vrij is de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het tot stand komen van de overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn. Daarbij dient rekening te worden gehouden met de mate waarin en de wijze waarop de partij die de onderhandelingen afbreekt tot het ontstaan van dat vertrouwen heeft bijgedragen en met de gerechtvaardigde belangen van deze partij. Hierbij kan ook van belang zijn of zich in de loop van de onderhandelingen onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan, terwijl, in het geval onderhandelingen ondanks gewijzigde omstandigheden over een lange tijd worden voortgezet, wat betreft dit vertrouwen doorslaggevend is hoe daaromtrent ten slotte op het moment van afbreken van de onderhandelingen moet worden geoordeeld tegen de achtergrond van het gehele verloop van de onderhandelingen (vgl. HR 23 oktober 1987, nr. 12999, NJ 1988, 1017, r.o. 3.1; HR 4 oktober 1996, nr. 16062, NJ 1997, 65, r.o. 3.5.2.2; HR 14 juni 1996, nr. 16008, NJ 1997, 481, r.o. 3.6).”²⁹

Opvallend is dat in het arrest CBB/JPO niet wordt verwezen naar de drie fasen uit het arrest Plas/Valburg. In de literatuur heeft deze uitspraak veel discussie opgeroepen.³⁰ Met name over de vraag of de Hoge Raad met deze uitspraak de drie fasen uit de Plas/Valburg doctrine heeft losgelaten. In de literatuur bestaat veel kritiek op de drie fasen omdat deze niet goed van elkaar zijn te onderscheiden. Daarnaast bestaat er de in de literatuur discussie over wat de bron is van de verbintenissen tot schadevergoeding/dooronderhandelen. Ons rechtssysteem vereist tenslotte op grond van art. 6:1 BW een bron van verbintenis(sen) waarop in rechte een vordering kan worden gebaseerd.³¹

Het doel van deze masterscriptie is om, aan de hand van een analyse van de jurisprudentie na het wijzen van het arrest CBB/JPO en de sindsdien gepubliceerde literatuur, te onderzoeken wat nog de actuele betekenis is van de Plas/Valburg doctrine. Tevens zal worden onderzocht of uit de jurisprudentie van de Hoge Raad een bron van verbintenis kan worden afgeleid waarop de verbintenis tot schadevergoeding of een verplichting tot dooronderhandelen kan worden gebaseerd.

Voorgaande heeft geleid tot de volgende probleemstelling:

Wat is na het wijzen van het arrest CBB/JPO uit 2005 de betekenis van de Plas/Valburg doctrine in de jurisprudentie van de Hoge Raad binnen het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen?

²⁶ Zie hoofdstuk 3

²⁷ HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337 (CBB/JPO), r.o. 3.7

²⁸ Zie hoofdstuk 2

²⁹ HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337 (CBB/JPO), r.o. 3.6

³⁰ Zie hierover hoofdstuk 3

³¹ Art. 3:296 BW/ art. 111 lid 2 onder d Rv

1.3 Opbouw

Het onderzoek betreft een jurisprudentie- en literatuuronderzoek. Voor het onderzoek is Kluwer Navigator doorzocht op relevante arresten en verwijzingen gepubliceerd na 2005 die door de zoekmachine worden gekoppeld aan het arrest Plas/Valburg.

De gevallen waarin onderhandelende partijen middels een “letter of intent” rechtsgevolgen in de onderhandelingsfase proberen te voorkomen worden in deze scriptie niet onderzocht.³² Eveneens worden niet die gevallen onderzocht waarin sprake is van een rompovereenkomst.³³ Die gevallen vallen buiten het bereik van deze scriptie omdat zij niet behoren tot de onderhandelingsfase.³⁴

De beantwoording van de onderzoeksvraag valt uiteen in twee delen.

- Hoofdstuk 2 betreft het jurisprudentieonderzoek. In hoofdstuk 2 wordt onderzocht of de Hoge Raad in de jurisprudentie na CBB/JPO verwijst naar de Plas/Valburg doctrine. In dit hoofdstuk wordt tevens onderzocht of de Hoge Raad zich uitlaat over de bron van de verbintenis tot schadevergoeding die voortvloeit uit het ongerechtvaardigd afbreken van onderhandelingen.³⁵

³² Dit kan in de vorm van een intentieovereenkomst of -verklaring of een goedkeuringsvoorbehoud. Een dergelijke overeenkomst is, in zijn zuiverste vorm, enkel een blijkgeven van het bestaande voornemen om via onderhandelingen overeenstemming te bereiken. Vaak omvat de verklaring echter ook een omschrijving wat partijen nastreven, een overzicht van waar overeenstemming over bestaat, een streefdatum, voorwaarden en voorbehouden (zie hierover Ruygvoorn 2013/2.5). De vraag is in hoeverre een dergelijke voorovereenkomst kan bijdragen aan het aannemen van een norm die inhoudt dat ook zonder zo'n beding het de ene partij niet vrijstaat de onderhandelingen af te breken zonder schadeplicht. (zie Vries, 2016, p.97) Met het sluiten van de letter of intent is maar de vraag in hoeverre partijen nog geen overeenkomst met elkaar zijn aangegaan, hetgeen de weg naar schadeplicht wegens het afbreken van onderhandelingen op grond van Plas/Valburg afsluit. (Zie hierover specifiek ten aanzien van het arrest HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1737 (*Gemeente Hof van Twente/Landgoed Hof van Twente*): Spanjaard, *contracteren* 2015, nr. 13) Zie ook de conclusie van A-G Spier inzake het arrest HR 26 oktober 2007, ECLI:NL:PHR:2007:BB5623 (*Efteling/Roompot*). De Hoge Raad deed de zaak af met een verwijzing naar art. 81 RO. En HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2630 waarin de Hoge Raad oordeelde dat er sprake was van een intentieovereenkomst, ondanks dat een der partijen zich vrij acht om de onderhandelingen (dus precontractuele fase) te beëindigen.

³³ Bestaat overeenstemming over alle voor partijen belangrijke punten en kunnen de nog bestaande leemten worden opgevuld aan de hand van het aanvullende recht, de gewoonte en de redelijkheid en billijkheid dan is er sprake van een rompovereenkomst. Zijn partijen het op hoofdpunten met elkaar eens, dan hangt het volgens de Hoge Raad van de bedoeling van partijen af ten aanzien van die hoofdpunten, het voornemen tot verder onderhandelen en de omstandigheden van het geval of er al sprake is van zo'n overeenkomst; HR 26 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9414 (*Regiopolitie/Hovax*), r.o. 4.2 en HR 14 juni 1968, ECLI:NL:PHR:1968:AC3608 (concl. Berger), *NJ* 1968/331 (*Polak/Zwolsman*). Er is in ieder geval sprake van een overeenkomst indien de leemten in de overeenkomst op grond van de aanvullende werking van de wet en de redelijkheid en billijkheid kunnen worden ingevuld, zie HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, *NJ* 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner (*Haviltex*), letterlijk verwoord in r.o. 4.4 Rb. Rotterdam 1 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2960 (*Strukton/GE*). Een opschortende voorwaarde die goedkeuring vereist door een bestuursorgaan maakt niet dat er geen sprake is van een rompovereenkomst zo blijkt uit HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1748.

³⁴ Op deze beperking zijn echter 3 uitzonderingen van toepassing. Dit betreffen arresten waar weliswaar sprake was van een overeenkomst, maar waar in de conclusie van de A-G aandacht wordt besteed aan de precontractuele fase.

³⁵ In het eerste hoofdstuk worden de arresten van de Hoge Raad die toezien op de precontractuele fase onderzocht. Kluwer Navigator geeft aan dat er in totaal 112 arresten zijn, die door de zoekmachine gekoppeld worden aan het arrest Plas/Valburg. 115 arresten worden gekoppeld aan het arrest CBB/JPO. Het onderzoek is beperkt tot de arresten die toezien op het afbreken van onderhandelingen.

- Hoofdstuk 3 betreft het literatuuronderzoek. In hoofdstuk 3 wordt de literatuur onderzocht op de vraag of het arrest Plas/Valburg nog van belang is. Tevens worden de opinies in de literatuur onderzocht om te kunnen concluderen op grond van welke bron van verbintenissen de vordering tot schadevergoeding, dan wel de vordering tot dooronderhandelen kan worden gebaseerd.³⁶

Deze scriptie eindigt met een conclusie die antwoord geeft op de probleemstelling.

³⁶ Uitgaande van de opgenomen verwijzingen in Kluwer Navigator (In totaal geeft Kluwer Navigator aan dat er 284 verwijzingen zijn naar het arrest. In het onderzoek liet ik de commentaren buiten beschouwing) wordt in de vakliteratuur 72 keer verwezen naar het arrest Plas/Valburg. Uit deze literatuur is een selectie gemaakt die de rechtsregels weergeven. Het arrest CBB/JPO kent 47 verwijzingen. Er wordt onderzocht wat in de literatuur (voornamelijk sinds 2005) is geschreven over wat geldend recht is bij de precontractuele schadeplicht, op welke grondslag dit recht dan volgens de literatuur is gebaseerd en welke ontwikkelingen waar te nemen zijn.

2. De Hoge Raad inzake de precontractuele fase

Het arrest Plas/Valburg bouwt voort op het arrest Baris/Riezenkamp. Beide arresten bepalen dat er, doordat partijen door in onderhandeling treden, een door redelijkheid en billijkheid (“objectieve goede trouw”) beheerste rechtsverhouding ontstaat. Die rechtsverhouding kan ertoe leiden dat het afbreken van onderhandelingen ongerechtvaardigd is tegenover de andere partij.

In paragraaf 2.1 wordt eerst het in deze scriptie centraal staande arrest Plas/Valburg geanalyseerd. Met de paragrafen 2.2 tot en met 2.4 wordt inzicht gegeven in de ontwikkelingen van het vraagstuk van afgebroken onderhandelingen tot 2005. Paragraaf 2.5 bespreekt het in 2005 gewezen arrest CBB/JPO. In paragraaf 2.6 wordt de jurisprudentie van de Hoge Raad sinds 2005 onderzocht. Tot slot wordt in paragraaf 2.7 geconcludeerd of de arresten sinds 2005 verwijzen naar Plas/Valburg en of in de arresten een bron van de verbintenis tot schadevergoeding/dooronderhandelen wordt genoemd.

2.1 Plas/Valburg

In het arrest Plas/Valburg³⁷ formuleerde de Hoge Raad de maatstaf die jarenlang het uitgangspunt was om te beoordelen of sprake was van het ongerechtvaardigd afbreken van onderhandelingen en de eventuele schadeplicht die hier het gevolg van kan zijn.

De gemeente Valburg besloot tot de bouw van een nieuw zwembad. Bouwbedrijf Plas deed mee aan de aanbesteding. Bouwbedrijf Plas voldeed aan de vereisten en maakte daarbij kosten ter onderbouwing. Uiteindelijk gunt de gemeente begin 1975 de bouw aan een partij die niet eerder in beeld was en die haar (lagere) bod deed op basis van de berekeningen die bouwbedrijf Plas op eigen kosten had laten maken. De rechtbank veroordeelt de gemeente tot het vergoeden van genoemde schade op grond van onrechtmatig handelen c.q. wanprestatie door de gemeente. Het hof volgt de gemeente in haar stelling dat een gedraging, hoewel in strijd met de goede trouw in de precontractuele fase, geen vergoeding van gederfde winst omvat.

De Hoge Raad oordeelt³⁸ dat Plas terecht klaagt dat onbegrijpelijk is:

“(…) dat schadevergoedingsplicht als gevolg van een gedraging in strijd met de goede trouw in een praecontractuele verhouding (mede) vergoeding van gederfde winst kan omvatten.”

Vervolgens concludeert³⁹ de Hoge Raad dat bij een schadevergoedingsplicht als gevolg van een gedraging in strijd met de redelijkheid en billijkheid in een precontractuele verhouding wel degelijk ruimte bestaat voor vergoeding van de gederfde winst. De Hoge Raad voegt daaraan toe:

“Niet uitgesloten is dat onderhandelingen over een overeenkomst in een zodanig stadium zijn gekomen dat het afbreken zelf van die onderhandelingen onder de gegeven omstandigheden als in strijd met de goede trouw moet worden geacht, omdat pp. over en weer mochten vertrouwen dat enigerlei contract in ieder geval uit de onderhandelingen zou resulteren. In zo een situatie kan er ook plaats zijn voor een verplichting tot vergoeding van gederfde winst”.

³⁷ HR 18 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4405 (Plas/Valburg)

³⁸ HR 18 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4405 (Plas/Valburg) r.o. 3.3

³⁹ HR 18 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4405 (Plas/Valburg) r.o. 3.4

Tot slot overweegt⁴⁰ de Hoge Raad nog over het stadium waarin een verplichting tot vergoeding bestaat:

“Een verplichting daartoe zou zelfs kunnen bestaan, als de onderhandelingen nog niet in een zodanig stadium zouden zijn geraakt dat de gemeente te goeder trouw die onderhandelingen niet meer had mogen afbreken, maar reeds wel in een stadium dat zulk afbreken haar in de gegeven omstandigheden niet meer zou hebben vrijgestaan zonder de door Plas gemaakte kosten geheel of gedeeltelijk voor haar rekening te nemen”.

Maatstaf

De Hoge Raad benoemt de drie onderhandelingsfasen niet mooi overzichtelijk. Deze zijn in de literatuur als zodanig benoemd.⁴¹ De stadia worden in het arrest gelezen in onderstaande overwegingen:

- Stadium 1) De fase waarin partijen zonder financiële consequenties de onderhandelingen kunnen afbreken. De Hoge Raad benoemt het heel kort: *“Plas nooit heeft beweerd dat de gemeente voor dat tijdstip niet vrijelijk uit de onderhandelingen met Plas kon terugtreden”*.⁴² Het staat partijen dus in beginsel vrij om uit de onderhandelingen terug te treden. Dit is dan het eerste stadium, uit de contractsvrijheid vloeit voort dat men zonder verdere verplichtingen met een andere partij kan onderhandelen.
- Stadium 2) De fase waarin het een partij niet vrij staat de onderhandelingen af te breken zonder kosten van de tegenpartij te vergoeden. De Hoge Raad oordeelt⁴³ hierover: *“(…) valt echter niet in te zien waarom een handelen in strijd daarmee (red.: terugtreden uit de onderhandelingen) haar niet zou kunnen verplichten tot vergoeding van reeds voor 9 jan. 1975 in het kader van de voorafgaande onderhandelingen gemaakte kosten.”*⁴⁴ Voor vergoeding komt in aanmerking het negatief contractsbelang, de schade die wordt geleden los van de totstandkoming en nakoming van een overeenkomst.⁴⁵
- Stadium 3) De fase waarin het afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar is. De Hoge Raad stelt⁴⁶: *“Niet uitgesloten is dat onderhandelingen over een overeenkomst in een zodanig stadium zijn gekomen dat het afbreken zelf van die onderhandelingen onder de gegeven omstandigheden als in strijd met de goede trouw moet worden geacht, omdat pp. over en weer mochten vertrouwen dat enigerlei contract in ieder geval uit de onderhandelingen zou resulteren.”* Voor schadevergoeding komt in aanmerking het positief contractsbelang, waaronder de gederfde winst uit het beoogde contract.⁴⁷

⁴⁰ HR 18 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4405 (*Plas/Valburg*) r.o. 3.5

⁴¹ Zie hierover Tjittes Themis 2016-5, p. 237

⁴² HR 18 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4405 (*Plas/Valburg*) r.o. 3.5

⁴³ HR 18 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4405 (*Plas/Valburg*) r.o. 3.5

⁴⁴ Volgens Tjittes is dit stadium voor het eerst geïntroduceerd door H. Drion 1967, p. 282-283. Zie hierover Tjittes Themis 2016-5 waarin hij als het ware H. Drion verwijt dit stadium in het arrest te lezen, gestoeld op een soort ‘rechtmatige daadsconstructie’, door J. Drion gepropageerd voor de rechtmatige overheidsdaad en door H. Drion doorgetrokken naar de aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen.

⁴⁵ Asser-Hartkamp 4-1 (2004), nr. 413 (oude druk).

⁴⁶ HR 18 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4405 (*Plas/Valburg*) r.o. 3.4

⁴⁷ Ruygvoorn, *R&P* 2009, nr. 173

Analyse

De Hoge Raad zag zich voor Plas/Valburg geconfronteerd met geschillen waarin partijen op oneigenlijke wijze gebruik maakten van de informatie die in de onderhandelingsfase werd verkregen.⁴⁸ Het arrest Plas/Valburg zoekt een oplossing voor die onrechtvaardigheid zonder daarbij de strengere norm van het onrechtmatig handelen als bron van verbintenis aan te snijden.

Het kernbegrip bij aansprakelijkheid op grond van het ongerechtvaardigd afbreken van onderhandelingen is gerechtvaardigd vertrouwen: indien er sprake is van voldoende mate van vertrouwen dan ontstaat een rechtsverhouding tussen de onderhandelende partijen. De rechtsverhouding kan leiden tot een verplichting tot schadevergoeding dan wel tot dooronderhandelen.⁴⁹ De Hoge Raad stelt dus (voortbouwend op het arrest Baris/Riezenkamp) dat er tussen onderhandelende partijen een door redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding bestaat.

In het arrest wordt geen grondslag genoemd waaruit blijkt uit welke bron van verbintenissen de schadeplicht voortvloeit. Duidelijk is dat het afbreken van onderhandelingen rechtsgevolg kan hebben. Dat rechtsgevolg kan zijn de vergoeding van het negatief contractsbelang of vergoeding van het positief contractsbelang, dan wel een verplichting tot dooronderhandelen. De verbintenis waaruit dit rechtsgevolg voortvloeit is in ieder geval niet de overeenkomst, want die is nog niet tot stand gekomen. Mogelijke verbintenissen uit de wet waaruit de verplichting dan wel voortvloeit zouden kunnen zijn de redelijkheid en billijkheid⁵⁰, de onrechtmatige daad⁵¹ of de ongerechtvaardigde verrijking.⁵²

2.2 De precontractuele fase tot invoering van het NBW

De Hoge Raad heeft na het wijzen van het arrest Plas/Valburg in een aantal arresten een verdere invulling gegeven aan de schadeplicht bij het ongerechtvaardigd afbreken van onderhandelingen.

VSH/Shell

Op 23 oktober 1987⁵³ wees de Hoge Raad een arrest over het afbreken van fusieonderhandelingen door Shell. VSH stelde zich primair op het standpunt dat partijen zover gevorderd waren in de onderhandeling dat er sprake was van een overeenkomst en subsidiair dat Shell in strijd met de goede trouw en de maatschappelijke zorgvuldigheid onrechtmatig de onderhandelingen heeft afgebroken. Zowel de rechtbank als het hof wijzen de vordering af.

⁴⁸ De Hoge Raad deed voorafgaand aan Plas/Valburg in 1981 viermaal eerder uitspraak in een kwestie over de onderhandelingsfase. In die gevallen vloeide het rechtsgevolg voort uit de onrechtmatige daad. Zie HR 16 januari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4132, NJ 1981/426 (over een vordering tot vergoeding van schade als gevolg van het feit dat tussen pp. geen huurovereenkomst is tot stand gekomen), HR 13 februari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AC2891, NJ 1981/456 (toezegging over ruil grond), HR 26 juni 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4218 (over of een samenwerkingsovereenkomst met betrekking tot uitzendpersoneel tot stand was gekomen) en HR 15 mei 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4190 (over het niet te goede trouw zijn tijdens de onderhandelingen over een aandelenpakket).

⁴⁹ De Hoge Raad bespreekt in r.o. 3.3 t/m 3.6 de verhoudingen van partijen, dat er sprake kan zijn van een schadevergoedingsplicht en splitst de verhoudingen inclusief duiding van de momenten waarop sprake is van schadevergoedingsplicht. Zonder de daaraan ten grondslag liggende verbintenis te benoemen.

⁵⁰ Art. 6:2 lid 1 BW en/of art. 6:248 BW

⁵¹ Art. 6:162 BW

⁵² Art. 6:212 BW

⁵³ HR 23 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0018 (VSH/Shell)

Hoewel de Hoge Raad concludeert dat het beroep verworpen moet worden omdat geen van de onderdelen tot cassatie kan leiden, bevestigt hij nog wel het te hanteren uitgangspunt:

“Het gaat in cassatie uitsluitend nog om de tweede grondslag van de vordering van VSH, die strekt tot vergoeding van wat het hof noemt het positief contractsbelang, d.w.z. tot vergoeding van schade ter zake van het feit dat tussen VSH en Shell geen overeenkomst was tot stand gekomen. De grondslag van deze vordering komt daarop neer dat het Shell met het oog op het vertrouwen bij VSH in het tot stand komen van een overeenkomst niet meer vrij stond de onderhandelingen met VSH af te breken. Het hof heeft bij de beoordeling van deze grondslag tot uitgangspunt genomen dat Shell en VSH verplicht waren hun gedrag mede te doen bepalen door elkaars gerechtvaardigde belangen en dat het Shell te allen tijde vrijstond de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van VSH in het tot stand komen van de overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval niet gerechtvaardigd — d.w.z. onaanvaardbaar — zou zijn. Dit uitgangspunt is juist.”⁵⁴

Het arrest Vogelaar/Skil

In het arrest Vogelaar/Skil⁵⁵ claimt Vogelaar dat Skil dusdanig met hem in onderhandeling was over een functie binnen een nog op te richten wielrenteam, dat het Skil niet vrij stond de onderhandelingen af te breken. Skil stelt dat er geen sprake was van onderhandelingen en dat slechts werd gesproken over de functie.

De Hoge Raad trekt de toepassing van de maatstaf breder bij de bepaling of het afbreken (in casu van gesprekken over een arbeidsovereenkomst red.) onaanvaardbaar is.

De Hoge Raad oordeelt hierover:

“In de eerste plaats stelt het onderdeel dat te dezen geen sprake was van eigenlijke contracts-‘onderhandelingen’. In het midden kan blijven of deze stelling juist is. Immers, ook als partijen anders dan door ‘onderhandelingen’ betrokken zijn bij het voorbereiden van een tussen hen te sluiten overeenkomst, zal in het algemeen dezelfde maatstaf voor toepassing in aanmerking komen als in geval van afgebroken contractonderhandelingen moet worden gehanteerd bij de beoordeling van de vraag of het afbreken tegenover de wederpartij onaanvaardbaar is.”⁵⁶

Analyse

De Hoge Raad onderschrijft in het arrest VSH/Shell het uitgangspunt dat het positief contractsbelang voor vergoeding in aanmerking kan komen. Dit is een herhaling van wat hij in Plas/Valburg reeds concludeerde. In het arrest Vogelaar/Skil vult de Hoge Raad de voor afgebroken onderhandelingen geldende maatstaf aan voor die gevallen waarin partijen, anders dan door onderhandelingen, betrokken zijn bij het sluiten van een overeenkomst. De verbintenis tot schadevergoeding vloeit voort uit schending van “gerechtvaardigde belangen” en “gerechtvaardigd vertrouwen”. Onduidelijk is naar welke bron van verbintenissen deze begrippen verwijzen.

⁵⁴ HR 23 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0018 (VSH/Shell), r.o. 3.1

⁵⁵ HR 31 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0255 (Vogelaar/Skil)

⁵⁶ HR 31 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0255, NJ 1991, 647 (Vogelaar/Skil)

2.3 Het Nieuw Burgerlijk Wetboek

Met de arresten VSH/Shell en Vogelaar/Skil gaf de Hoge Raad nadere invulling aan de maatstaf uit Plas/Valburg. In de gebruikte terminologie van de rechtsoverweging is door de wetgever duidelijk aansluiting gezocht bij het voorstel tot invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek (Ontw. NBW), specifiek artikel 6.5.2.8a Ontw. NBW⁵⁷ over schade bij afgebroken onderhandelingen.⁵⁸ Het wetsontwerp oogstte veel kritiek.⁵⁹ Het artikel is uiteindelijk niet in het nieuwe Burgerlijk Wetboek terecht gekomen. Daardoor werd in het nieuwe Burgerlijk Wetboek geen duidelijke grondslag aangewezen, die kan dienen als grondslag voor een vordering wegens het ongerechtvaardigd afbreken van onderhandelingen. De invulling van het onderwerp werd overgelaten aan de jurisprudentie.⁶⁰

2.4 De arresten tot 2005

Het arrest De Ruijterij/MBO-Ruiters

Na langlopende onderhandelingen over uitbreiding van het hotel dat geëxploiteerd wordt door De Ruijterij naar het naastgelegen terrein van MBO/Ruiters stopt De Ruijterij de onderhandelingen. Als reden geeft zij aan dat de termijnen uit de vastgelegde voornemens niet gehaald zijn en dat de economische omstandigheden zijn verslechterd. MBO/Ruiters stelt zich op het standpunt dat het De Ruijterij niet vrij stond de onderhandelingen te staken en laat conservatoir beslag leggen.

Ten aanzien van afgebroken onderhandelingen laat de Hoge Raad⁶¹ zich als volgt uit:

*“De klacht gaat terecht ervan uit dat, ingeval bij de wederpartij van degene die de onderhandelingen over een te sluiten overeenkomst afbreekt, het gerechtvaardigde vertrouwen bestond dat die overeenkomst tot stand zou komen, dit niet onder alle omstandigheden behoeft te leiden tot de slotsom dat het afbreken onaanvaardbaar is. Rekening dient ook te worden gehouden met de mate waarin en de wijze waarop de partij die de onderhandelingen afbreekt, tot het ontstaan van dat vertrouwen heeft bijgedragen, en met de gerechtvaardigde belangen van deze partij; hierbij kan ook van belang zijn of zich in de loop van de onderhandelingen onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan.”*⁶²

Met deze overweging breidt de Hoge Raad de toets of er sprake is van het ongerechtvaardigd afbreken van de onderhandelingen uit. Bij het toetsen of er sprake is van ongerechtvaardigd afbreken spelen tevens de gerechtvaardigde belangen van de afbreker en de onvoorzienbare omstandigheden mee. De term gerechtvaardigde belangen werd tevens gebruikt in het voorstel Ontw. NBW.

Het arrest ABB/Staat

Ten behoeve van een kracht/warmtebronstation onderhandelt de Staat (der Nederlanden) ruim 3 jaar (exclusief) met een samenwerkingsverband waarin o.a. ABB Industrie BV deelneemt. Omdat het samenwerkingsverband niet kan voldoen aan de gestelde voorwaarden worden de onderhandelingen uiteindelijk afgebroken. Na een nieuwe aanbestedingsronde (waaraan ABB deelneemt) wordt de opdracht

⁵⁷ Voorgesteld werd:

‘Onderhandelende partijen zijn verplicht hun gedrag mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen. Ieder van hen is vrij de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigde vertrouwen van de wederpartij in het tot stand komen van een overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn.’

⁵⁸ Vries 2016, p.98

⁵⁹ Zie in dit verband M.M. van Rossum, ‘Open normen in de totstandkoming van de overeenkomst: afbreken van onderhandelingen’, *WPNR* 2002-6472, p. 78-87

⁶⁰ PG Inv. Bk 6, p. 1448

⁶¹ HR 14 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2105 (*De Ruijterij/MBO-Ruiters*)

⁶² HR 14 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2105 (*De Ruijterij/MBO-Ruiters*) r.o. 3.6

aan een derde partij gegund. ABB stelt dat er sprake is van gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen en dat het afbreken van de oorspronkelijke onderhandelingen onaanvaardbaar is.

Het hof oordeelde gemotiveerd dat er geen sprake was van gerechtvaardigd vertrouwen. De Hoge Raad⁶³ verwerpt in deze zaak het beroep en concludeert daarbij dat het oordeel van het hof geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, niet onbegrijpelijk is en evenmin nadere motivering behoeft. Ook verwijst de Hoge Raad in de zaak CBB/JPO⁶⁴ naar het arrest.

Analyse

In beide arresten maakt de Hoge Raad geen verwijzing naar het arrest Plas/Valburg, maar beide arresten kunnen wel worden gezien in het licht van dit arrest. In beide arresten wordt geoordeeld dat het vrij stond om de onderhandelingen af te breken.

2.5 Het arrest CBB/JPO

In het arrest CBB/JPO⁶⁵ formuleert de Hoge Raad een maatstaf voor de schadeplicht in geval van ongerechtvaardigd afgebroken onderhandelingen.

Projectontwikkelaar JPO vraagt de gemeente Arnhem een perceel aan haar te verkopen en een vergunning te verlenen tot het bouwen van een kantoorpand. JPO haar bedoeling is dit pand te verhuren aan CBB. Met beide partijen treedt JPO in onderhandeling. Nu JPO van de gemeente niet de duidelijkheid verkrijgt die CBB van JPO verlangt, breekt CBB de onderhandelingen met JPO af. Tussen CBB en de gemeente komt vervolgens rechtstreeks een overeenkomst tot stand, hetgeen CBB niet in de weg staat haar gemaakte kosten in de onderhandelingen met JPO gerechtelijk te vorderen. Die vordering wordt afgewezen. In reconventie vordert JPO (onder meer) vergoeding van het positieve contractsbelang vanwege het onrechtmatig afbreken van de onderhandelingen door CBB. Die vordering wijst de rechtbank toe. Het hof bevestigt de uitspraak, maar beperkt de vordering.

Maatstaf

De Hoge Raad oordeelt:⁶⁶

“Bij de beoordeling van deze klachten moet worden vooropgesteld dat als maatstaf voor de beoordeling van de schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen heeft te gelden dat ieder van de onderhandelende partijen - die verplicht zijn hun gedrag mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen - vrij is de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het tot stand komen van de overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn. Daarbij dient rekening te worden gehouden met de mate waarin en de wijze waarop de partij die de onderhandelingen afbreekt tot het ontstaan van dat vertrouwen heeft bijgedragen en met de gerechtvaardigde belangen van deze partij. Hierbij kan ook van belang zijn of zich in de loop van de onderhandelingen onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan, terwijl, in het geval onderhandelingen ondanks gewijzigde omstandigheden over een lange tijd worden voortgezet, wat betreft dit vertrouwen doorslaggevend is hoe daaromtrent ten slotte op het moment van afbreken van de onderhandelingen moet worden geoordeeld tegen de achtergrond van het gehele verloop van de onderhandelingen (vgl. HR 23 oktober 1987, nr. 12999, NJ 1988, 1017, r.o. 3.1; HR 4 oktober 1996, nr. 16062, NJ 1997, 65, r.o. 3.5.2.2; HR 14 juni 1996, nr. 16008, NJ 1997, 481, r.o. 3.6).”

⁶³ HR 4 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2158 (ABB/Staat)

⁶⁴ HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337 (CBB/JPO)

⁶⁵ HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337 (CBB/JPO)

⁶⁶ HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337 (CBB/JPO), r.o. 3.6

Na het formuleren van de maatstaf overweegt de Hoge Raad in de daaropvolgende rechtsoverweging dat het gaat om een strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf.⁶⁷

Verhouding CBB/JPO tot Plas/Valburg

In het arrest CBB/JPO stelt de Hoge Raad in letterlijke woorden een 'maatstaf':

"bij de beoordeling van deze klachten moet worden vooropgesteld dat als maatstaf voor de beoordeling van de schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen heeft te gelden (...)".⁶⁸

De klachten betroffen het miskennen door het hof van een schadevergoedingsplicht bij het onaanvaardbaar afbreken van onderhandelingen en de stelling dat pas plaats is voor vergoeding van positief contractsbelang indien het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat een overeenkomst tot stand is gekomen.⁶⁹ Omdat het arrest niet verwijst naar het arrest Plas/Valburg is met de drie fasen doctrine geen directe link te leggen. Het woordje "deze" in de rechtsoverweging slaat echter op de schadevergoedingsplicht bij het onaanvaardbaar afbreken van onderhandelingen en de eventuele verplichting tot vergoeding van het positief contractsbelang. Daarin kan makkelijk een link naar de 2^{de} fase van Plas/Valburg gevonden worden. Zo gelezen is het arrest CBB/JPO een verdere verduidelijking van de 2^{de} fase. Opmerkelijk is verder dat de vordering, nadat de Hoge Raad de zaak verwees naar het Hof 's-Hertogenbosch⁷⁰, alsnog werd afgewezen met een vergelijkbare motivering als die van het Hof Arnhem⁷¹ waar cassatie werd ingesteld. Beide hoven concludeerden dat er geen sprake was van recht op schadevergoeding nu er geen gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen was.

Analyse

De Hoge Raad verwijst in het arrest CBB/JPO niet naar het arrest Plas/Valburg.⁷² Tjittes noemt⁷³ het opvallend dat de Hoge Raad verwijst naar de eerder besproken arresten VSH/Shell, De Ruijterij/MBO/Ruiters en ABB/Staat. Er wordt geen grondslag voor de verbintenis tot schadevergoeding genoemd, de Hoge Raad hanteert als maatstaf voor aansprakelijkheid schending van het "gerechtvaardigd vertrouwen".

2.6 De jurisprudentie van de Hoge Raad sinds 2005

In deze paragraaf komen de uitspraken aan bod die de Hoge Raad heeft gedaan sinds 2005. Uit het onderzoek blijkt dat de Hoge Raad een deel van de arresten die toezien op het vraagstuk van ongerechtvaardigd afbreken van de onderhandelingen niet heeft gemotiveerd. Die arresten worden in deze paragraaf eerst besproken. Vervolgens bespreek ik de arresten waarin de Hoge Raad wel heeft gemotiveerd.

Artikel 81 Wet op de Rechterlijke Organisatie

Niet alle zaken die aan de Hoge Raad worden voorgelegd vragen om een uitgebreid standpunt van de Hoge Raad. Om die reden bestaat art. 81 Wet op de rechterlijke organisatie (RO), dat het mogelijk maakt cassatieklachten af te doen met een verkorte motivering.⁷⁴

⁶⁷ HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337 (CBB/JPO), r.o. 3.7

⁶⁸ HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337 (CBB/JPO), aanhef r.o. 3.6

⁶⁹ HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337 (CBB/JPO), r.o. 3.5. Tevens zag de klacht op de motivering van het hof, maar die klacht is voor de behandeling hier niet relevant.

⁷⁰ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 20 december 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BU9078

⁷¹ Gerechtshof Arnhem 25 juli 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AY5602

⁷² Zie hierover hoofdstuk 3

⁷³ Tjittes, *Themis* 2016-5

⁷⁴ Wet van 16 juni 1988, *Stb.* 1988, 286.

In de periode augustus 2005 – februari 2020 heeft de Hoge Raad het merendeel van de zaken die toezien op het afbreken van onderhandelingen op grond van art. 81 RO afgedaan zonder motivering. Met een verwijzing naar art. 81 RO door de Hoge Raad is de motivatie dusdanig algemeen dat niet altijd duidelijk is of de Hoge Raad het standpunt van het hof zonder meer deelt.

Zo betreft het grootste deel van de zaken die met een verwijzing naar art. 81 RO werden afgedaan een vergeefs beroep (zowel bij de rechtbank, het hof als de Hoge Raad) op een schadeplicht voor het afbreken van onderhandelingen.⁷⁵ Alleen in de zaak die op 9 september 2016⁷⁶ aan de Hoge Raad voorlag kwam het hof tot een afwijzing, in tegenstelling tot de rechtbank die in eerste instantie wel tot een schadeplicht oordeelde. In een zaak uit 2010⁷⁷ oordeelde de rechtbank juist tot afwijzing en kwam het hof tot de (vergaande) conclusie dat er al een overeenkomst tot stand was gekomen. In een tweetal andere zaken werd de vordering wel toegewezen. Zo kwamen rechtbank en hof in een zaak tot de conclusie dat redelijkheid en billijkheid vereisten dat na lang onderhandelen de gemaakte kosten door de terugtrekkende partij moesten worden vergoed aan de tegenpartij⁷⁸ en werd in 2012 schadevergoeding toegewezen op basis van de maatstaf uit CBB/JPO.⁷⁹

De “grievendiscussie”

In deze zaak⁸⁰ was Budé in onderhandeling om een onderneming van Geju over te nemen. Budé trekt zich terug, waarop Geju bij de rechtbank primair een verklaring voor recht vordert dat er een overeenkomst tot stand is gekomen, subsidiair vordert Geju dat Budé gehouden is door te onderhandelen en meer subsidiair vordert Geju een vergoeding van schade wegens het terugtreden. De rechtbank wijst de vorderingen af. Het hof vernietigt de uitspraak en veroordeelt Budé tot betaling van een schadeloosstelling.

In zijn conclusie⁸¹ staat A-G Timmerman uitgebreid stil bij de schadeplicht en het onrechtmatig afbreken van onderhandelingen. A-G Timmerman maakt een mooie verbinding tussen de hiervoor behandelde arresten. In een stappenplan loopt A-G Timmerman van Plas/Valburg naar VSH/Shell, Vogelaar/Skil, De Ruijter/MBO en ABB/Staat.⁸²

⁷⁵ Het betreffen een 16-tal zaken; HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9686/ HR 27 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB5623 (*Efteling/Roompot*)/ HR 16 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB6179/ HR 29 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1249/ HR 14 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2247/ HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6385/ HR 2 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT2721/ HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV5550/ HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY1891/ HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:777/ HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1870/ HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:506/ HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1437/ HR 13 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1937 en HR 7 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:209

⁷⁶ HR 9 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2048

⁷⁷ HR 5 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0011

⁷⁸ HR 15 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ2721

⁷⁹ HR 16 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4004

⁸⁰ HR 3 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8278

⁸¹ HR 3 februari 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AU8278 (concl. L. Timmerman) r.o. 2.9 t/m 2.12

⁸² HR 3 februari 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AU8278 (concl. L. Timmerman) r.o. 2.10:

“De Hoge Raad heeft in het arrest Baris/Riezenkamp overwogen dat “partijen, door in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst, tot elkaar komen te staan in een bijzondere door de goede trouw beheerste rechtsverhouding die meebrengt dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij” (cursivering, toevoeging van LT). Deze regel kan er toe leiden dat een partij de vrijheid mist om onderhandelingen af te breken. Indien een partij niettemin overgaat tot het afbreken van de onderhandelingen, kan zij tot voortzetting van de onderhandelingen worden veroordeeld. Een belangrijke factor bij de beoordeling is steeds geweest het antwoord op de vraag of de wederpartij van de afbrekende partij erop mocht vertrouwen dat enigerlei contract uit de onderhandelingen zou resulteren (zie de arresten Plas/Valburg HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723, m.nt. CJHB, rov. 3.4; VSH/Shell HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017 m.nt. CJHB, rov. 3.1; Vogelaar/Skil HR 31 mei 1991, NJ 1991, 647, m.nt. PvS, rov. 3.5). Maar ook andere

Vervolgens haalt A-G Timmerman Tjittes aan⁸³, benoemt de redelijkheid en billijkheid als grondslag voor de verbintenis tot schadevergoeding en ziet dat uitgewerkt in CBB/JPO. Helaas komt de Hoge Raad niet aan beoordeling van het feitelijke geschil toe. De Hoge Raad verwijst niet naar (de 2^{de} fase uit) het arrest Plas/Valburg en geeft, in tegenstelling tot Timmerman, geen inzage in de rechtsgrondslag waarop de vordering gebaseerd zou moeten worden.

Vollenhoven/Shell

Partijen hebben onderhandelingen gevoerd over de verkoop van de aandelen van vennootschap A door Shell aan Vollenhoven. Shell heeft op 16 juli 1999 de onderhandelingen beëindigd. In oktober 1999 heeft Shell de aandelen van A verkocht aan het management van A en aan een derde partij. Het hof heeft de vordering van Vollenhoven tot vergoeding van het negatief contractsbelang⁸⁴ toegewezen, maar de vordering tot vergoeding van het positief contractsbelang⁸⁵ afgewezen. Het hof heeft daarbij overwogen dat op het moment waarop Shell de onderhandelingen afbrak, bij Vollenhoven niet het gerechtvaardigd vertrouwen kan hebben bestaan dat enige overeenkomst tot stand zou komen. Tijdens de procedure blijkt dat de directeur van vennootschap A een onzuivere rol heeft gespeeld. Dit leidt echter niet tot een andere uitkomst, omdat ervan moet worden uitgegaan dat deze handelwijze van de directeur van A niet aan Shell kan worden toegerekend.

In dit arrest⁸⁶ formuleert de Hoge Raad voor het toekennen van positief contractsbelang een duidelijke maatstaf:

“Voor vergoeding van het positief contractsbelang bij afgebroken onderhandelingen is geen plaats wanneer de wederpartij van degene die de onderhandelingen afbrak niet erop mocht vertrouwen dat in ieder geval enigerlei contract uit de onderhandelingen zou resulteren.”⁸⁷

A-G Spier stelt in zijn conclusie dat het hof in haar uitspraak geen antwoord geeft of er sprake is van totstandkoming van een overeenkomst wegens gerechtvaardigd vertrouwen.⁸⁸ Hij maakt in de conclusie vervolgens een verwijzing naar de bron van verbintenis waarop volgens de literatuur de vordering ingesteld c.q. toegewezen kan worden.⁸⁹ Vollenhove stelt haar vordering in op grond van onrechtmatige daad. A-G Spier stelt over de rechtsgrond:

omstandigheden kunnen het beëindigen van onderhandelingen onaanvaardbaar doen zijn. Het gerechtvaardigde vertrouwen dat is ontstaan hoeft niet steeds tot de slotsom te leiden dat het afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar is. Relevante factoren bij de beoordeling hiervan zijn de mate waarin en de wijze waarop de partij die onderhandelingen afbreekt tot het ontstaan van dat vertrouwen heeft bijgedragen en de gerechtvaardigde belangen van deze partij, waarbij ook van belang kan zijn dat zich gedurende de onderhandelingen onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan (De Ruijter/ MBO, HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 m.nt. HJS, rov. 3.6). Het is denkbaar dat gerechtvaardigd vertrouwen tijdens de precontractuele fase op enig moment aanwezig is, maar ten tijde van het afbreken van de onderhandelingen niet. Wanneer onderhandelingen ondanks gewijzigde omstandigheden over een lange tijd worden voortgezet, dan is voor de beoordeling van het zogenaamde "totstandkomingsvertrouwen" doorslaggevend hoe daarover ten slotte op het moment van het afbreken van de onderhandelingen moet worden geoordeeld tegen de achtergrond van het verloop van de gehele onderhandelingen (ABB/Staat, HR 4 oktober 1996, NJ 1997, 65, rov. 3.5.2.2.).”

⁸³ HR 3 februari 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AU8278 (concl. L. Timmerman) r.o. 2.11

⁸⁴ Zie Hoofdstuk 2 onder de tweede fase van het arrest Plas/Valburg

⁸⁵ Zie hoofdstuk 2 onder de derde fase van het arrest Plas/Valburg

⁸⁶ HR 29 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1855 (Vollenhoven/Shell)

⁸⁷ HR 29 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1855 (Vollenhoven/Shell) r.o. 3.4

⁸⁸ HR 30 december 2007, ECLI:NL:PHR:2008:BC1855 (concl. J. Spier), r.o. 3.7.1:

“Zij snijdt geen hout omdat in het eindarrest slechts wordt ingegaan op de - m.i. in beginsel niet relevante - vraag of de omstandigheden waaronder de opzegging plaatsvond voor risico van Shell komen. Dat blijkt heel duidelijk uit rov. 6 voorlaatste volzin. Dat is een volstrekt andere kwestie dan al dan niet gerechtvaardigd vertrouwen op totstandkoming van een overeenkomst.”

⁸⁹ HR 30 december 2007, ECLI:NL:PHR:2008:BC1855 (concl. J. Spier), r.o. 4.4. Spier verwijst naar Asser-Hartkamp II nr 164 e.v.; mon. Privaatrecht 5 (Ruygroen) blz. 70 en vooral ook, mede voor een schat aan verdere bronnen, Verbintenissenrecht Art. 217-227 I (Blei Weissmann) aant. 44 e.v.

“(..) het afbreken van onderhandelingen is op zichzelf geen rechtsgrond voor een vordering ter zake van daardoor geleden schade. De rechtsgrond daarvoor moet worden gevonden in de redelijkheid en billijkheid, al dan niet in samenhang met de regels van niet-nakoming en/of de onrechtmatige daad, waarbij het resultaat volgens de doctrine nauwelijks uitmaakt.”⁹⁰

Jammer genoeg blijkt uit het arrest niet duidelijk of de Hoge Raad Spier volledig volgt in zijn onderbouwing t.a.v. de grondslag.

Heijmans c.s./DLO (samenwerkingsovereenkomst)

Partijen hebben ten behoeve van de ontwikkeling van een Bio Science Park een samenwerkingsovereenkomst gesloten en een commanditaire vennootschap opgericht. Een van de partijen heeft de samenwerking opgezegd. Er wordt cassatie ingesteld waarbij het ingebrachte onderdeel uitgaat van het perspectief van regels met betrekking tot het afbreken van precontractuele onderhandelingen. Het hof had, zo stelt het middel, niet buiten beschouwing mogen laten dat de niet-afbrekende partij door zou onderhandelen over de samenwerking met derden en dat in zoverre sprake was van een precontractuele fase.

In zijn conclusie past A-G Timmerman de maatstaf uit het arrest CBB/JPO toe.⁹¹ De Hoge Raad concludeert⁹² dat het hof de gedachtegang dat er geen sprake was van een precontractuele fase heeft gevolgd. Aan toetsing of er sprake is van ongerechtvaardigd afbreken van onderhandelingen komt de Hoge Raad dus niet toe. De Hoge Raad verwijst, vanwege de contractuele grondslag, niet naar het arrest Plas/Valburg of CBB/JPO. Partijen kunnen zich niet beroepen op ongerechtvaardigd afbreken van onderhandelingen.

De onderhandelingsovereenkomst

Tussen de Vereniging van Eigenaren (VvE) en aannemer Hemubo is een overeenkomst gesloten, inhoudende dat exclusief met Hemubo zal worden onderhandeld over de voorwaarden van een te verstrekken opdracht tot het uitvoeren van renovatiewerkzaamheden. De overeenkomst bepaalt dat indien de onderhandelingen niet slagen, de kosten zullen worden vergoed ‘indien partijen zulks zijn overeengekomen’. De VvE zegt de overeenkomst op. Hemubo vordert schade, welke de rechtbank deels toekent. Het hof wijst in Hoger Beroep de vordering af. Bij deze beoordeling concludeert het hof dat er geen sprake was van een onrechtmatig afbreken van onderhandelingen en dat voor het oordeel of er sprake is van een verplichting tot kostenvergoeding moet worden gekeken naar de gesloten overeenkomst (die daarvoor een aanvullende overeenkomst vereist).

De Hoge Raad concludeert⁹³ dat het hof ten aanzien van de vraag of er sprake is van onrechtmatig afgebroken onderhandelingen geen blijk geeft van een onjuiste of onbegrijpelijke rechtsopvatting. Tot dezelfde conclusie komt de Hoge Raad ten aanzien van de verplichting tot kostenvergoeding. De door Hemubo gestelde grief dat het hof heeft miskend dat “ook aan de redelijkheid en billijkheid te ontfangen gronden voor vergoeding van kosten kunnen bestaan” kan niet tot cassatie leiden. De door het hof gegeven uitleg dat voor een verplichting tot kostenvergoeding een nadere overeenkomst is vereist kan niet leiden tot een verplichting tot vergoeding van kosten op grond van de redelijkheid en billijkheid zonder nadere overeenkomst.⁹⁴

⁹⁰ HR 30 december 2007, ECLI:NL:PHR:2008:BC1855 (concl. J. Spier), r.o. 4.4

⁹¹ HR 29 oktober 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BN5612 (concl. L. Timmerman), r.o. 5.6

⁹² HR 29 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN5612

⁹³ HR 27 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8707

⁹⁴ HR 27 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8707 r.o. 3.4.2

Dit geschil zag toe op een contractuele verplichting tot dooronderhandelen, niet op de precontractuele fase.⁹⁵ Toch is het arrest wel relevant, en dan met name vanwege de conclusie van A-G Wissink.⁹⁶ In r.o. 2.5.1 – 2.5.4 bespreekt de A-G de verhouding tussen deze contractuele verplichting tot onderhandeling en de precontractuele fase. Daarbij volgt een verwijzing naar zowel Plas/Valburg en de daarin genoemde tweede fase, alsmede een verwijzing naar de in het arrest CBB/JPO genoemde (strengere en tot terughoudendheid nopende) maatstaf. Wissink concludeert dat ten overvloede stil wordt gestaan bij de vraag of er sprake was van gerechtvaardigd vertrouwen vanwege de contractuele band die partijen waren aangegaan:

“Het hof concludeert - niettemin - dat ook van onrechtmatig afbreken van de onderhandelingen geen sprake was (rov. 4.18, p. 16 onderaan, en rov. 4.20, p. 17 onderaan). Hierin kan m.i. niet gelezen worden, dat het hof het gedrag van de VVE ook heeft getoetst aan de rechtspraak inzake afgebroken onderhandelen en heeft geconcludeerd, dat volgens de maatstaven van die rechtspraak het de VVE vrij stond de onderhandelingen te beëindigen (rov. 4.18) zonder kosten te vergoeden (rov. 4.20). Immers, Hemubo liet haar vorderingen op een contractuele grondslag berusten (vgl. rov. 4.3-4.4), het hof heeft het verweer van de VVE dat de Afstandsovereenkomst nietig is verworpen (rov. 4.6), en het hof heeft zijn beslissingen over de vorderingen (zoals bij 2.5.2 en 2.5.3 weergegeven) gebaseerd op de Afstandsovereenkomst. De overwegingen over de onrechtmatigheid beschouw ik daarom als gegeven ten overvloede.”⁹⁷

De Hoge Raad redeneert dat het beroep op redelijkheid en billijkheid in dit geval niet tot een verplichting tot schadevergoeding leidt zonder nadere overeenkomst. De Hoge Raad geeft daarbij niet aan of de redelijkheid en billijkheid in andere gevallen wél als zelfstandige grondslag kan leiden tot een schadeplicht:

“ Voor zover het onderdeel strekt ten betoge dat het hof eraan heeft voorbijgezien dat ook aan de redelijkheid en billijkheid te ontnemen gronden voor vergoeding van kosten kunnen bestaan, kan het bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden. In het oordeel van het hof ligt immers besloten dat bij de door het hof gegeven uitleg van de overeenkomst - inhoudende dat voor een verplichting tot kostenvergoeding een nadere overeenkomst is vereist - onvoldoende is gesteld om te kunnen aannemen dat die verplichting in dit geval op grond van de redelijkheid en billijkheid bestaat zonder nadere overeenkomst.”⁹⁸

Greenib Car/Van Dam (intentieverklaring)

Greenib is de Nederlandse importeur en distributeur van auto's van het merk Hyundai. Van Dam is Rover-dealer. Partijen hebben onderhandelingen gevoerd aangaande een Hyundai-dealervereenkomst. Na ondertekening van de intentieverklaring is Van Dam begonnen met de voorbereidingen van de verbouwing van de showroom en de werkplaats, waartoe zij onder andere een bouwbegeleider heeft ingeschakeld. Voor het uitvoeren van de benodigde werkzaamheden waren gemeentelijke vergunningen vereist. Bezorgdheid over vertraging bij de verbouwing van de showroom — in verband met nog niet verleende vergunningen — heeft Greenib doen besluiten de intentieverklaring te ontbinden. Van Dam heeft een verklaring voor recht gevorderd, inhoudende dat Greenib aan Van Dam moet vergoeden alle door Van Dam tevergeefs gemaakte kosten alsmede de door Van Dam gederfde winst. De rechtbank wijst af. Het hof gaat voor de beoordeling van de schadevergoedingsverplichting uit van de maatstaf zoals deze is geformuleerd in het arrest CBB/JPO en komt tot het oordeel dat het afbreken van de onderhandelingen in beginsel onaanvaardbaar was. Uitzondering, aldus het hof, is wanneer vast komt te staan dat Van Dam gedurende de onderhandelingen aan Greenib bewust onjuiste informatie heeft verstrekt. Omdat Greenib

⁹⁵ HR 27 mei 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BP8707 (concl. M.H. Wissink), *NJB* 2011, 1178

⁹⁶ HR 18 maart 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BP8707 r.o. 2.5.1 – 2.5.4 (concl. M.H. Wissink)

⁹⁷ HR 18 maart 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BP8707 r.o. 2.5.4 (concl. M.H. Wissink)

⁹⁸ HR 27 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8707 r.o. 3.4

dat niet kan bewijzen concludeert het hof dat Van Dam erop mocht vertrouwen dat de met Greenib gesloten intentieverklaring na het gereedkomen van de verbouwing van de showroom zou worden omgezet in een volwaardige dealerovereenkomst, zodat het afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar is jegens Van Dam en aan Greenib kan worden toegerekend. Het beroep van Greenib op de schadebeperkingsplicht van Van Dam heeft het hof verworpen.

In zijn conclusie gaat A-G Vlas eraan voorbij dat in de grief van Greenib besloten ligt dat er geen bron van verbintenis tot schadevergoeding is. De A-G maakt geen koppeling naar Plas/Valburg. Vlas concludeert dat het Hof voldoende aanleiding had tot een vermoeden van onaanvaardbaar afbreken en Greenib in de gelegenheid heeft gesteld tot tegenbewijs.⁹⁹ De Hoge Raad oordeelt¹⁰⁰ dat het hof's standpunt aangaande het afbreken van de onderhandelingen, gezien de omstandigheden van het geval, geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en niet onbegrijpelijk is.¹⁰¹

Wel stelt de Hoge Raad dat het hof zich had moeten onthouden van een oordeel omtrent een eventuele schadebeperkingsplicht aan de zijde van Van Dam en dat het op de weg van het hof had gelegen om daarvoor naar een schadestaatprocedure te verwijzen (waartoe de Hoge Raad alsnog oordeelt).

2.7 Conclusie hoofdstuk 2

In dit hoofdstuk is onderzocht of de Hoge Raad in de jurisprudentie na het arrest CBB/JPO¹⁰² verwijst naar de Plas/Valburg doctrine en zich uitlaat over de bron van de verbintenis waaruit de verbintenis tot schadevergoeding voortvloeit. In de maatstaf die de Hoge Raad in het arrest Plas/Valburg formuleert worden drie fasen gelezen. Ten aanzien van die drie fasen uit het arrest Plas/Valburg is het allereerst de vraag of de Hoge Raad in het arrest wel een driefasenleer heeft willen introduceren. De Hoge Raad benoemt de drie fasen namelijk niet zo mooi overzichtelijk als, bijvoorbeeld, het Hof 's-Hertogenbosch¹⁰³ dat (+/-) 35 jaar later wel doet.

De verwijzingen naar Plas/Valburg sinds 2005

De Hoge Raad zag zich geconfronteerd met geschillen waarin partijen oneigenlijk gebruik maakten van de informatie die in de onderhandelingsfase werd verkregen. Het arrest Plas/Valburg zoekt een oplossing voor die onrechtvaardigheid zonder daarbij de strengere norm van het onrechtmatig handelen als bron van verbintenis aan te snijden.

De Hoge Raad deed naast de in hoofdstuk twee beschreven arresten wel vaker uitspraak over afgebroken onderhandelingen, maar soms was toepassing van de Plas/Valburg-doctrine niet aan de orde vanwege de door partijen gestelde (contractuele) grondslag¹⁰⁴, of kon worden volstaan met een verwijzing naar de jurisprudentie dat er geen sprake was van afgebroken onderhandelingen.¹⁰⁵

⁹⁹ HR 1 maart 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BY6755 r.o. 2.10 – 2.11 (concl. P. Vlas)

¹⁰⁰ HR 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6755 (*Greenib Car/Van Dam*)

¹⁰¹ Zie hierover de noot in Valk 2016, par. 79 waarin Valk verwijst naar dit arrest en concludeert dat de Plas/Valburg doctrine nog gewoon toegepast wordt. (Letterlijk verwijst de Hoge Raad noch het hof naar die doctrine. De Hoge Raad doorloopt echter wel stapsgewijs welke onderdelen en verbanden moeten worden aangetoond. Red.)

¹⁰² HR 12 Augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337 (*CBB/JPO*)

¹⁰³ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 22 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1067 (r.o. 3.6.2)

¹⁰⁴ HR 16 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0817 (*Hofman/Vlissingen*)

¹⁰⁵ HR 24 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1674 (*Beliën/Prov. Noord-Brabant*)

De Hoge Raad heeft slechts twee maal relevant uitspraak gedaan over het ongerechtvaardigd afbreken van onderhandelingen. Eerst in 2006¹⁰⁶, waar de Hoge Raad helaas terugverwijst zonder inhoudelijk tot uitspraken te komen op het onderzochte gebied. Vervolgens in 2008¹⁰⁷ in welk arrest de Hoge Raad in ieder geval nog steeds onderschrijft dat er sprake kan zijn van een verplichting tot vergoeding van het (in de derde fase van het arrest Plas/Valburg benoemde) positief contractbelang.

Uit de onderzochte jurisprudentie kan worden geconcludeerd dat het arrest Plas/Valburg door de Hoge Raad in latere jurisprudentie weliswaar onbenoemd is maar de doctrine nog steeds wordt toegepast.

Bron van verbintenis

Het merendeel deel van de zaken na het arrest CBB/JPO deed de Hoge Raad af onder art. 81 R.O., derhalve zonder een verwijzing naar een verbintenis die ten grondslag kon liggen aan de vordering tot schadevergoeding. Geconcludeerd wordt dat de Hoge Raad, gezien over de periode 2005 tot en met 2019, in ieder geval mogelijkheden had om sturing te geven aan het gedachtegoed van de drie fasen. In de literatuur wordt gesuggereerd dat de lagere rechtspraak de doctrine nog gewoon toepast. Niet is te zien dat de Hoge Raad daar sturing aan geeft.¹⁰⁸ De Hoge Raad blijft vasthouden aan de maatstaf die hij al heeft benoemd in het arrest Plas/Valburg. Als grondslag voor de vordering voor schadevergoeding hanteert de Hoge Raad steeds schending van gerechtvaardigd vertrouwen. In drie arresten waarin sprake is (c.q. blijkt te zijn) van een contractuele band is het een A-G die tevens de precontractuele fase aan de orde stelt.¹⁰⁹ De Hoge Raad doet deze zaken eenvoudigweg af met een verwijzing naar de contractuele band, zonder verder in te gaan op een eventuele koppeling naar de precontractuele fase.

In twee arresten over het ongerechtvaardigd afbreken van onderhandelingen kwam de Hoge Raad wel tot een oordeel. Beide na 2005 gewezen arresten¹¹⁰, kennen een kritische conclusie waarin respectievelijk A-G Timmerman en A-G Spier stilstaan bij de bron van verbintenis waaraan de schadeplicht wordt gekoppeld. A-G Timmerman benoemt de redelijkheid en billijkheid als bron van verbintenis, A-G Spier houdt de opties breder en omarmt ook de onrechtmatige daad als optie.¹¹¹

In zijn arrest uit 2011¹¹² lijkt de Hoge Raad de redelijkheid en billijkheid wel als mogelijke bron van verbintenissen voor een verplichting tot vergoeding van kosten te beschouwen. Dit is echter niet met zekerheid te concluderen vanwege de casuïstische formulering door de Hoge Raad.

en HR 16 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1760 (*Shell/Tjallingii*)

¹⁰⁶ HR 3 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8278

¹⁰⁷ HR 29 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1855 (*Vollenhoven/Shell*)

¹⁰⁸ Zie hierover de noot in Valk, 2016, par. 79 waarin Valk verwijst naar het arrest HR 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6755 en concludeert dat de Plas/Valburg doctrine nog gewoon toegepast wordt.

¹⁰⁹ HR 3 februari 2006, ECLI:NL:PHR:AU8278 (concl. L. Timmerman) r.o. 2.9 t/m 2.12 waarin de grondslag wordt gevonden in de redelijkheid en billijkheid, HR 1 maart 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BY6755 r.o. 2.10 – 2.11 (concl. P. Vlas) waarin Vlas niet verder komt dan 150Rv en HR 18 maart 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BP8707 r.o. 2.5.1 – 2.5.4 (concl. M.H. Wissink) waarin Wissink een koppeling probeert te leggen tussen precontractuele en contractuele fase.

¹¹⁰ HR 3 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8278 en HR 29 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1855 (*Vollenhoven/Shell*)

¹¹¹ Zie HR 29 oktober 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BN5612 (concl. L. Timmerman) met een verwijzing naar de CBB/JPO maatstaf. HR 30 december 2007, ECLI:NL:PHR:2008:BC1855 (concl. J. Spier) waarin de grondslag wordt gezocht in de redelijkheid en billijkheid of onrechtmatige daad.

¹¹² HR 27 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8707

De Hoge Raad stelt: “*onvoldoende is gesteld om te kunnen aannemen dat die verplichting **in dit geval op grond van de redelijkheid en billijkheid bestaat zonder nadere overeenkomst***.” Naar mijn mening kan uit deze formulering niet worden geconcludeerd dat de Hoge Raad in andere gevallen de redelijkheid en billijkheid als bron van verbintenis tot schadevergoeding/dooronderhandelen aanneemt.

In geen van de onderzochte arresten is een grondslag voor schadevergoeding/dooronderhandelen benoemd door de Hoge Raad. De gehanteerde term voor aansprakelijkheid in geval van afgebroken onderhandelingen door de Hoge Raad is steeds schending van “gerechtvaardigd vertrouwen”.¹¹³ Of deze grondslag ontleend is aan het ontw. NBW is naar mijn mening niet relevant. Het antwoord op de vraag uit welke bron de Hoge Raad de verbintenis tot schadevergoeding/dooronderhandelen laat voortvloeien, zal naar mijn mening eerder gezocht moeten worden in de arresten van de Hoge Raad dan in een debat over een ontwerp wetsartikel.

Het lijkt dat de Hoge Raad met de term “gerechtvaardigd vertrouwen” vorm heeft willen geven aan een gedragsnorm. Onduidelijk is of de Hoge Raad met deze gedragsnorm een (nieuwe) bron van verbintenissen in het leven heeft geroepen.¹¹⁴ De Hoge Raad koppelt immers een rechtsgevolg aan schending van gerechtvaardigd vertrouwen zonder een nadere bron van verbintenissen te benoemen. Uit de onderzochte jurisprudentie blijkt dat de vaststelling of de door de Hoge Raad gehanteerde gedragsnorm wordt overschreden, casuïstisch is. De toepassing van de maatstaf die bepaalt of de gedragsnorm is overschreven dient, in de woorden van de Hoge Raad in CBB/JPO, streng en terughoudend te worden toegepast. Uit de onderzochte jurisprudentie na 2005 kan worden geconcludeerd dat de rechtspraak de maatstaf terughoudend toepast. In totaal wees de Hoge Raad 20 arresten zonder nadere motivering op grond van art. 81 R.O. Van deze twintig arresten werd in twee zaken door de lagere rechtspraak¹¹⁵ het ongerechtvaardigd afbreken van onderhandelingen aangenomen. In vijf zaken kwam de Hoge Raad tot een inhoudelijke oordeel. In slechts een van deze vijf zaken oordeelde de Hoge Raad dat het afbreken van de onderhandelingen ongerechtvaardigd was, waarbij de Hoge Raad direct inzicht geeft in de mogelijkheid tot vergoeding van het positief contractsbelang.¹¹⁶

¹¹³ HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337 (CBB/JPO), r.o. 3.6

¹¹⁴ Ingevolge art. 6:1 BW en het arrest Quint/Te Poel zou die bron van verbintenissen wel uit de wet af te leiden moeten zijn.

¹¹⁵ HR 15 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ2721 en HR 16 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4004

¹¹⁶ HR 29 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1855 (Vollenhoven/Shell)

3. Literatuur inzake de precontractuele fase

3.1 De waardering van Plas/Valburg in de literatuur

In de literatuur worden in het arrest Plas/Valburg, waarin is geoordeeld dat (schending van) gerechtvaardigd vertrouwen in de precontractuele fase een schadeplicht met zich kan meebrengen, drie fasen onderscheiden.¹¹⁷ Het is Tjittes die aan de gebroeders Drion de introductie van fase twee uit de Plas/Valburg doctrine toeschrijft.¹¹⁸

In de literatuur is veel geschreven over de toepasselijkheid van de Plas/Valburg doctrine na het wijzen van het arrest CBB/JPO. Het aangewezen platform hiervoor lijkt Ars Aequi te zijn, die het merendeel van de hier behandelde opinies opeist.

Hartlief onderschrijft de Plas/Valburg doctrine maar brengt, uitgaande van het arrest MBO/De Ruiterij, een nuancering aan in de toepassing van de drie fasen.¹¹⁹ Hartlief¹²⁰ beargumenteert dat de Hoge Raad steeds duidelijke lijnen heeft willen uitzetten, maar dat de uitleg van Plas/Valburg in literatuur, onderwijs en praktijk een te lineair beeld geeft van de drie fasen die in het arrest worden gelezen. Naar de mening van Hartlief worden de fasen te veel als opeenvolgend gezien. Hartlief stelt dat tijdens onderhandelingen overgangen tussen de drie fasen mogelijk zijn, maar dat deze overgangen zich niet altijd voordoen. Het verspringen van fase drie naar een (of visa versa) is zijns inziens ook mogelijk. Bovendien hoeft er volgens Hartlief geen sprake te zijn van een overgang, de fasen kunnen ook op zichzelf staand voorkomen. Hartlief is van mening dat de Hoge Raad ten onrechte uitgaat van onderhandelingen die in lineair verband verlopen. De Hoge Raad heeft volgens Hartlief aansluiting gezocht bij het in begin 80'er jaren in ontwikkeling zijnde NBW, dat door haar formulering dat lineaire verband onderschrijft. Hartlief beargumenteert dat de Hoge Raad daarna heeft getracht het beeld van Plas/Valburg in de literatuur bij te stellen. Volgens Hartlief heeft de Hoge Raad niet met het arrest CBB/JPO, maar juist met het arrest MBO/De Ruiterij uitleg gegeven aan het arrest Plas/Valburg:

*“(...) omdat de Hoge Raad daarin (het arrest MBO/De Ruiterij, red.) nadrukkelijk aannam dat schending door de afbrekende van gerechtvaardigd vertrouwen bij diens wederpartij niet per definitie aansprakelijkheid oplevert. Rekening dient ook te worden gehouden met de mate waarin en de wijze waarop de partij die de onderhandelingen afbreekt, tot het ontstaan van dat vertrouwen heeft bijgedragen, en met de gerechtvaardigde belangen van deze partij; hierbij kan ook van belang zijn of zich in de loop van de onderhandelingen onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan.”*¹²¹

¹¹⁷ Zie o.a. Sieburgh 2014/197 en Valk 2016, par. 80

¹¹⁸ Tjittes Themis 2016-5 p. 237-268. Volgens Tjittes is de tweede fase voor het eerst geïntroduceerd door H. Drion 1967, p. 282-283.

¹¹⁹ Hartlief ziet de fasen als volgt:

1.a. de vrijheid tot afbreken vooropstaat en sancties (dooronderhandelingsplicht, schadevergoedingsplicht) pas in beeld komen wanneer afbreken onaanvaardbaar is;

2. afbreken in principe onaanvaardbaar is, wanneer sprake is van gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen, doch dat geval doet zich, gegeven het belang van de handelings- en keuzevrijheid in de precontractuele fase, niet snel voor;

1.b. afbreken, ondanks gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen, niet onaanvaardbaar is, wanneer een goede reden voor het afbreken bestaat;

3. ook andere omstandigheden van het geval dan gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen afbreken onaanvaardbaar kunnen maken, doch deze gevallen moeten in het verlengde van de arbeidsconflicten en de heronderhandelingsplichten worden gezocht: zicht op een goede afloop is er wellicht niet, maar van partijen kan in ieder geval worden verlangd dat zij in gesprek blijven.

¹²⁰ Hartief AA 2005, p. 1033

¹²¹ Hartief AA 2005, p. 1034

Volgens Hartlief stelt de Hoge Raad de drie fasen in het arrest Plas/Valburg niet ter discussie. Dat de Hoge Raad in het arrest CBB/JPO het beeld van de driefasenleer als ‘opklimmende’ verplichtingen en afnemende vrijheid niet heeft willen nuanceren herhaalt Hartlief nogmaals in een latere publicatie.¹²²

Sieburgh begint haar uiteenzetting¹²³ over de onderhandelingsfase met het arrest Plas/Valburg. Sieburgh noemt vervolgens niet uitdrukkelijk de drie fasen uit de Plas/Valburg doctrine, maar bespreekt wel de mogelijkheid tot vergoeding van het negatief contractsbelang¹²⁴, de verplichting om door te onderhandelen¹²⁵ en de vergoeding van het positief contractsbelang.¹²⁶ Het arrest CBB/JPO wordt door haar gezien in verband met vergoeding van het positief contractsbelang:

“Dat de benadeelde onder omstandigheden aanspraak kan maken op vergoeding van het positieve belang (gederfde winst) is door de Hoge Raad (...) aanvaard in HR 18 juni 1982, NJ 1983/723 (Plas/Valburg). (...) Zie voor enige (zeldzame) gevallen waarin het afbreken van onderhandelingen in strijd met het opgewekte vertrouwen dat een overeenkomst tot stand zou komen, tot een schadevergoedingsplicht ter hoogte van het positieve contractsbelang leidde, HR 15 mei 1987, NJ 1988/164 en HR 9 augustus 2002, JOL 2002/436. In HR 12 augustus 2005, NJ 2005/467 (CBB/JPO) heeft de Hoge Raad beklemtoond dat het hier om een ‘strengte en tot terughoudendheid nopende’ maatstaf gaat, waarvan de toepassing een deugdelijke motivering door de feitenrechter vereist.”¹²⁷

Nieuwenhuis¹²⁸ ziet een gevaar in de beperking van de contractsvrijheid door het arrest Plas/Valburg:

“Onderhandelende partijen komen bij de nadering van volledige consensus terecht in een onzichtbaar magnetisch veld waarin zij ongemerkt de bevoegdheid verliezen om met deze wederpartij generlei contract te sluiten. Op deze manier wordt de precontractuele fase geconstrueerd als een hellend vlak, een slippery slope. De gangbare terminologie ‘precontractuele fase’ getuigt van enige vooringenomenheid. Het niet tot stand komen van een contract is als uitkomst van de onderhandelingen even legitiem als de totstandkoming van een contract.”¹²⁹

In de opinie van Nieuwenhuis moet voor een inbreuk op het gerechtvaardigd vertrouwen niet naar totstandskomingsvertrouwen in normatieve zin worden gekeken maar naar de vraag of er op ongeoorloofde wijze is geprofiteerd van de inspanningen van de niet-afbrekende partij.

Valk heeft grote invloed op de vorming van beginnende juristen door zijn bijdrage aan het vrijwel standaard voorgeschreven studieboek uit de Studiereeks Burgerlijk Recht.¹³⁰ Valk begint weliswaar in het studieboek zijn uiteenzettingen met het benoemen van het arrest Plas/Valburg als standaard en een uiteenzetting van de drie fasen. Echter, Valk is een uitgesproken tegenstander van de Plas/Valburg doctrine omdat er sprake is van een verregaande inbreuk op het beginsel van contractsvrijheid:¹³¹

“De gehoudenheid om verder te onderhandelen en een verplichting om gederfde winst te vergoeden zijn zeer verregaande inbreuken op het beginsel van de contractsvrijheid, die men in andere rechtsstelsels zo niet tegenkomt. Men onderschatte het belang van de kwestie niet. Voor het behoorlijk functioneren van de markteconomie als de onze, is het van essentieel belang dat de ‘vragers’ van goederen en diensten in

¹²² Hartlief, *NJB* 2007 afl. 33, p. 1724-1767

¹²³ Sieburgh_2018/194

¹²⁴ Sieburgh_2018/197

¹²⁵ Sieburgh_2018/195

¹²⁶ Sieburgh_2018/198

¹²⁷ Sieburgh_2018/197

¹²⁸ Nieuwenhuis, *AA* 2010, p. 288-290

¹²⁹ Nieuwenhuis, *AA* 2010, p. 289

¹³⁰ Daarnaast heeft Valk invloed door een bijdrage aan het, onder juristen bekende en veel geraadpleegde, *Tekst&Commentaar*.

¹³¹ Valk 2016, par 80

volle vrijheid tussen de verschillende ‘aanbieders’ daarvan kunnen vergelijken. Alleen zo kan het ideaal van volledig vrije mededinging, en de daaruit resulterende optimale afstemming van vraag en aanbod, worden benaderd. Wie zich oriënteert op de voor- en nadelen van een eventueel te sluiten overeenkomst, moet niet behoeven te vrezen voor een schadevergoedingsclaim indien hij van het sluiten van een overeenkomst afziet. Indien dat anders wordt, heeft dat tal van bezwaren. In het ernstigste geval zien ‘vragers’ op de markt ervan af om met ‘aanbieders’ te onderhandelen, uit vrees voor aansprakelijkheid. (.....) Een ruime aansprakelijkheid in de precontractuele fase leidt bovendien onherroepelijk tot procedures, aangespannen door ‘aanbieders. Die tot hun teleurstelling de - soms langdurige en kostbare – onderhandelingen niet met een overeenkomst hebben kunnen afsluiten.”

Valk acht de doctrine bovendien onnodig nu doorgaans in de derde fase ook geconcludeerd kan worden tot een rompovereenkomst. De tweede fase leent zich voor toepassing van het leerstuk onrechtmatige daad of ongerechtvaardigde verrijking. Valk stelt dat het arrest CBB/JPO een nieuwe maatstaf in het leven heeft geroepen die de Plas/Valburg doctrine vervangt. Met het arrest CBB/JPO heeft de Hoge Raad volgens Valk de contractsvrijheid nadrukkelijker voorop willen stellen en zijn de drie fasen niet meer te onderscheiden. Opvallend is wel dat Valk de betekenis van het arrest CBB/JPO lijkt te nuanceren in een noot.¹³² Het moet volgens Valk nog blijken in hoeverre CBB/JPO een wezenlijke correctie betekent.¹³³

Ruygvoorn is daarentegen een uitgesproken voorstander van de Plas/Valburg doctrine.¹³⁴ Het verbinden van een rechtsgevolg aan het schenden van gerechtvaardigd vertrouwen in de onderhandelingsfase sluit in de visie van Ruygvoorn aan bij het vertrouwensbeginsel en het rechtzekerheidsbeginsel.¹³⁵ Het arrest Plas/Valburg dient dan ook als basis voor de analyse van Ruygvoorn van de precontractuele fase.¹³⁶ Daarbij beargumenteert Ruygvoorn dat de tweede fase van het arrest Plas/Valburg nog actueel is nu deze fase met een zekere regelmaat wordt toegepast in de lagere rechtspraak,¹³⁷ maar concludeert Ruygvoorn tevens dat het arrest CBB/JPO een gecumuleerde nadere verfijning is van het leerstuk.¹³⁸ Ruygvoorn is kritisch richting de Hoge Raad voor zover deze in het arrest Plas/Valburg de mogelijkheid openhoudt partijen te verplichten door te onderhandelen.¹³⁹ Ruygvoorn stelt allereerst dat het zinloos is partijen door te laten onderhandelen als de verhoudingen verstoord zijn. Bovendien ziet Ruygvoorn niet welke bron van verbintenissen aan de verplichting tot dooronderhandelen ten grondslag ligt.¹⁴⁰

In 2015¹⁴¹ publiceerden Smeehuijzen en Van Oosten een artikel waarin wordt geconcludeerd dat de Plas/Valburg doctrine ook na het wijzen van het arrest CBB/JPO nog steeds geldt, maar niet wenselijk is. Het artikel is gebaseerd op een analyse van 141 bodemzaken aangaande afgebroken onderhandelingen. In de 141 onderzochte uitspraken kwam het in vijftien uitspraken tot een toewijzing van een vordering van positief contractsbelang. Allereerst wordt door de auteurs geconcludeerd dat de Plas/Valburg doctrine nog steeds geldt.

¹³² Valk 2016, par. 80: “In HR 1 maart 2013, LJN BY6755, NJ 2013/142 lijkt de doctrine nog gewoon te worden toegepast.”

¹³³ Zie ook Valk, in: T&C Burgerlijk Wetboek, art. 6:217 BW, aant. 2E.

¹³⁴ Ruygvoorn, AA 2010, p. 737

¹³⁵ Ruygvoorn verwijst naar art. 3:35 BW, art. 6:2 BW en 3:61 BW

¹³⁶ Ruygvoorn 2013, p. 16

¹³⁷ Ruygvoorn, *Contracteren* 2011, nr. 2

¹³⁸ Ruygvoorn, AA 2012, p. 613

¹³⁹ Ruygvoorn, *NTRB*, 2011, afl. 2

¹⁴⁰ Opvallend: Ruygvoorn is dermate productief dat zijn publicaties veelal mede gestoeld zijn op zijn eigen eerdere publicaties. Zie bijvoorbeeld: noot 6 bij Ruygvoorn, AA 2010, p. 737, noot 23 en 29 bij Ruygvoorn, *Contracteren* 2001, noot 4,5,6,14,16 en 23 bij Ruygvoorn, AA 2012, p. 613 en Ruygvoorn, *NTRB*, 2011, afl. 9.

¹⁴¹ Smeehuijzen & Oosten, AA 2015, p. 72

Deze conclusie is gebaseerd op een tweetal benoemde bronnen die het vraagstuk springlevend achten.¹⁴² Het arrest CBB/JPO wordt door hen gezien als een herformulering van de maatstaf die voortvloeit uit het arrest Plas/Valburg, nu beide arresten het totstandkomingsvertrouwen centraal stellen. De auteurs oordelen dat totstandkomingsvertrouwen als grondslag niet wenselijk is:

“Die term (totstandkomingsvertrouwen, red.) geeft vanwege zijn open karakter reeds op zichzelf rechtsonzekerheid. Die onzekerheid wordt nog aanzienlijk verergerd doordat de verhouding tot het totstandkomingsleerstuk, mild gezegd, troebel is.”

De auteurs trachten op een andere wijze tot een billijke uitkomst te komen voor het probleem dat onderhandelingen ongerechtvaardigd worden afgebroken.

“Toch was er een aantal van de 15 toegewezen vorderingen waarin het aannemelijk lijkt dat de rechter een ander leerstuk dan Plas/Valburg had kunnen aanwenden. De ruimte ontbreekt hier om dat voor al die gevallen te adstrueren. Korthedshalve hebben wij van elk alternatief een voorbeeld uitgewerkt. De alternatieven leerstukken zijn: (i) totstandkoming van de overeenkomst, (ii) uitleg van de intentieovereenkomst en andere partijbedingen, en (iii) de onrechtmatige daad.”¹⁴³

De eindconclusie is dat de maatstaf uit het arrest Plas/Valburg volgens de auteurs moet worden afgeschaft.

Wolters concludeert in een reactie¹⁴⁴ op het artikel van Smeehuijzen c.s. dat de analyse van uitsluitend 141 zaken de vergaande conclusies uit het artikel niet kunnen dragen en dat het begrip rechtszekerheid een andere benadering dient te hebben. In zijn ogen;

“De auteurs (Smeehuizen c.s., red.) stellen dat de rechtszekerheid wordt aangetast als ‘de uitkomst van toepassing van een doctrine in een individuele zaak moeilijk te voorspellen is’. Zij zoeken de onzekerheid op het niveau van een doctrine. Deze onzekerheid op het niveau van een doctrine dient echter niet gelijk te worden gesteld aan de rechtszekerheid in de zin van de hierboven beschreven ‘klassieke’ tegenstelling. Die rechtszekerheid vereist duidelijkheid over het bestaan van de rechten en plichten. Zij vereist geen ‘dogmatische’ duidelijkheid.”¹⁴⁵

Het onderzoek geeft volgens Wolters slechts inzicht in de Plas/Valburg-doctrine in de praktijk. In hun reactie in hetzelfde nummer volharden de schrijvers in hun standpunten en conclusies.¹⁴⁶

Tjittes acht met het arrest CBB/JPO het arrest Plas/Valburg weliswaar achterhaald, maar ziet dat de Plas/Valburg doctrine in de praktijk nog wel toegepast wordt.¹⁴⁷ Tjittes is kritisch richting de Hoge Raad, hij is van mening dat de Hoge Raad meer richting zou moeten geven aan het debat rondom de precontractuele fase. Sinds het arrest De Ruiterij/MBO is volgens Tjittes door de Hoge Raad geen richting meer aan het onderwerp gegeven, hoewel over het onderwerp veel wordt geprocedeerd.¹⁴⁸ In de strenge en tot terughoudendheid nopen de maatstaf uit het arrest CBB/JPO ziet Tjittes een (nieuw) standaardarrest. Het arrest CBB/JPO borduurt volgens Tjittes voort op het arrest De Ruiterij/MBO waarin is bepaald dat de wederpartij rekening dient te houden met de gerechtvaardigde belangen van de afbrekende partij om de onderhandelingen af te mogen breken. Volgens Tjittes blijkt hieruit dat de onderhandelingsvrijheid sinds

¹⁴² Kritische noot: de eerste bron was een tekst van D.D. Castelijns uit 2001 (en dus geschreven voor het arrest CBB/JPO werd gewezen) en de tweede bron de reeds besproken opinie van Ruygvoorn.

¹⁴³ Smeehuijzen & Oosten, AA 2015, p. 76

¹⁴⁴ Wolters, AA 2015, p. 475

¹⁴⁵ Wolters, AA 2015, p. 475

¹⁴⁶ Smeehuijzen & Oosten, AA 2015, p. 478

¹⁴⁷ Tjittes, *Themis* 2016-5, p. 240

¹⁴⁸ Tjittes, *Themis* 2016-5, p. 237-268

Plas/Valburg meer centraal is komen te staan¹⁴⁹ en de aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen meer naar de achtergrond is verdwenen. Dat het arrest CBB/JPO het nieuwe standaardarrest is blijkt naar zijn mening uit het aaneenknopen van de eerdere rechtspraak over de aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen van VSH/Shell, Baris/Riezenkamp, De Ruiters/MBO tot ABB/Staat en het in onbenoemd laten van Plas/Valburg.

Tjittes kan zich niet vinden in het onderscheid dat in de literatuur veelal wordt gemaakt ten aanzien van de 3 fasen zoals gelezen in het arrest Plas/Valburg. De tweede fase uit het arrest wordt door Tjittes gezien als een door Drion ontwikkelde 'rechtmatigedaadsconstructie'.¹⁵⁰ In de praktijk is het volgens Tjittes uiterst onduidelijk wanneer partijen in deze fase zijn beland. In de rechtspraak worden niet of nauwelijks maatstaven genoemd wanneer deze tweede fase aan de orde is. Mede gelet op de beperkte en tot terughoudend nopen de maatstaf zoals gegeven in het arrest CBB/JPO, meent Tjittes dat de op Plas/Valburg gebaseerde driefasenleer onnodig en gekunsteld is.

Evenals Hartlief waakt Tjittes ervoor om het onderhandelingsproces als opeenvolgende fasen te zien. Tjittes waarschuwt, na uitleg wat onder de tweede en derde fase wordt verstaan, dat het woord 'fase' doet vermoeden dat er sprake is van elkaar opvolgende gebeurtenissen, veeleer als naast elkaar bestaande situaties en aansprakelijkheidsgronden hetgeen niet het geval is.¹⁵¹ Tjittes ziet brede toepassing in de rechtspraak¹⁵² van de indeling van de onderhandelingsfase in drie fasen met een verwijzing naar het Hof 's-Hertogenbosch, dat in 2016 nog uitdrukkelijk de drie fasen heeft toegepast.¹⁵³

Volgens Wechem¹⁵⁴ ligt de driefasenleer achter ons. Met het arrest CBB/JPO is, aldus Wechem, door de Hoge Raad een overzicht gegeven van het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen. Volgens Wechem heeft de Hoge Raad aangegeven dat afbreken mag, tenzij dat onaanvaardbaar is maar blijft nog onduidelijk wanneer dit het geval is. Wechem leest in het arrest CBB/JPO een tweefasen systeem van wel of niet schadeplichtig zijn van de afbrekende partij. Het tweefasensysteem van Wechem komt in de plaats van het driefasen systeem uit de Plas/Valburg doctrine, waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen niet schadeplichtig, schadeplichtig voor het negatief contractsbelang of schadeplichtig voor het positief contractsbelang, dan wel een verplichting tot dooronderhandelen.

Wechem leest in het arrest Greenib Car/Van Dam¹⁵⁵ een bevestiging van dit tweefasen systeem:

"Hetgeen de discussie over het twee- dan wel driefasenschadesysteem complex maakte is de vraag of de schifting naar soorten schade (vergoeding van het negatief en/of positief contractsbelang) aan de voorzijde of aan de achterzijde van het feitencomplex plaatsvindt. Hiermee bedoel ik of de soort van normschending die de aanloop geeft tot het onaanvaardbaarheidsoordeel inkleurend is voor de soorten schade die kunnen worden gevorderd of dat het debat over de soorten schade eerst ontstaat als de normschending is vastgesteld. In zijn arrest van 12 augustus 2005 benadrukte de Hoge Raad namelijk (nogmaals) dat afbreken was toegestaan tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het

¹⁴⁹ HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337 (CBB/JPO), r.o. 3.6 aanhef:

"Voorop moet worden gesteld dat als maatstaf voor de beoordeling van de schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen heeft te gelden dat ieder van de onderhandelende partijen (...) vrij is de onderhandelingen af te breken (...)."

¹⁵⁰ Volgens Tjittes is de tweede fase voor het eerst geïntroduceerd door H. Drion 1967, p. 282-283. Zie hierover Tjittes Themis 2016-5 p. 237-268 waarin hij als het ware H. Drion verwijt dit stadium in het arrest te lezen, gestoeld op een soort rechtmatigedaadsconstructie, door J. Drion gepropageerd voor de rechtmatige overheidsdaad en door H. Drion doorgetrokken naar de aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen.

¹⁵¹ Tjittes, 2018, p. 77

¹⁵² Tjittes, 2018, p. 78

¹⁵³ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 22 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1067 (r.o. 3.6.2)

¹⁵⁴ Wechem, *NJB* 2013/785

¹⁵⁵ HR 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6755 (Greenib Car/Van Dam)

totstandkomen van de overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn. Er werd wel met kracht van argumenten verdedigd, dat slechts schending van gerechtvaardigd vertrouwen de toegangspoort was naar positief contractsbelang en dat de 'andere omstandigheden van het geval' slechts waren voorbehouden voor het negatief contractsbelang. In het arrest van 1 maart¹⁵⁶ heeft het hof de onaanvaardbaarheidsdrempel aan de voorkant (normschending) genomen en vindt er een stevige discussie naar te vergoeden (soorten) schade aan de achterkant. Dit is wel zo overzichtelijk en logisch.”¹⁵⁷

3.2 Bron van de verbintenis tot schadevergoeding of dooronderhandelen

Art. 6:1 BW bepaalt dat verbintenissen slechts kunnen ontstaan indien dit uit de wet voortvloeit. Dit artikel moet gelezen worden in de zin van het arrest Quint/Te Poel¹⁵⁸, zodat tevens de mogelijkheid bestaat verbintenissen aan te nemen die passen in het stelsel van de wet en aansluiten bij de wel in de wet geregelde gevallen.¹⁵⁹ Volgens de Plas/Valburg doctrine kent de precontractuele fase drie stadia.¹⁶⁰ In de tweede en derde fase kan er sprake zijn van een rechtsgevolg/verbintenis, namelijk een schadeplicht wegens het onrechtvaardig afbreken van onderhandelingen. In de derde fase kan eventueel ook nog een verbintenis tot dooronderhandelen worden aangenomen.

De wet bevat geen wetsartikel waaruit een verbintenis in de precontractuele fase voortvloeit.¹⁶¹ De overeenkomst kan in beginsel niet als bron van verbintenis fungeren. Er is immers nog geen sprake van aanbod en aanvaarding, partijen hebben alleen de intentie om tot een verbintenis-scheppende rechtshandeling te komen. Er moet dus een andere bron van verbintenis tot schadevergoeding dan wel de verplichting tot dooronderhandelen in de onderhandelingsfase worden vastgesteld.

De literatuur beargumenteert drie mogelijkheden op grond waarvan de verbintenis tot schadevergoeding/dooronderhandelen in geval van het onrechtvaardig afbreken van onderhandelingen kan worden gebaseerd. In de literatuur worden redelijkheid en billijkheid, onrechtmatige daad en onrechtvaardigde verrijking genoemd. Deze bronnen van verbintenissen worden in de navolgende paragrafen nader besproken.

Redelijkheid en billijkheid

Een bron van de verbintenis tot een schadevergoeding of de verplichting door te onderhandelen kan worden gevonden in de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 en 6:248 BW). Verschillende auteurs kiezen voor deze weg.

Volgens Tjittes maakt het niet uit of de bron van de verbintenis in geval van afgebroken onderhandelingen onrechtmatige daad of redelijkheid en billijkheid is.¹⁶² In de tweede fase van de Plas/Valburg doctrine constateert¹⁶³ Tjittes een rechtmatigedaadsconstructie: het afbreken

¹⁵⁶ Red.: HR 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6755 (*Greenib Car/Van Dam*)

¹⁵⁷ Opvallend: Valk concludeert uit ditzelfde arrest juist een bevestiging dat de Plas/Valburg doctrine nog actueel is omdat de Hoge Raad wel de drie fasen volgorde weliswaar niet benoemt maar wel lijkt na te lopen.

¹⁵⁸ HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AI1600, NJ 1959, 548 (*Quint-Te Poel*)

¹⁵⁹ Sieburgh 2018/205

¹⁶⁰ Zie o.a. Sieburgh 2014/197 en Valk 2016, par. 80

¹⁶¹ Zie hierover Nieuwenhuis, AA 2010, p. 288

¹⁶² Tjittes, *Themis* 2016-5, p. 243

¹⁶³ Tjittes, *Themis* 2016-5, p. 240/241;

“In de rechtspraak worden niet of nauwelijks maatstaven genoemd wanneer deze tweede fase aan de orde is. De rechtspraak is hier een beetje een tombola. Deze soort van ‘rechtmatigedaadsconstructie’, door J. Drion gepropageerd voor de rechtmatige overheidsdaad, heeft zijn broer H. Drion doorgetrokken naar de aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen. In uitspraken van de Hoge Raad na Plas/Valburg is die

van onderhandelingen is rechtmatig mits de onderhandelingskosten vergoed worden. Tjittes zoekt¹⁶⁴ met de term “onaanvaardbaar” aansluiting bij de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid:

“In het arrest CBB/JPO laat de Hoge Raad de grondslag van het ‘onaanvaardbaar’ afbreken van de onderhandelingen in het midden; hij zegt niet ‘onaanvaardbaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid’. De term ‘onaanvaardbaar’ vindt wel zijn basis in de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 2 en art. 6:248 lid 2 BW). Het ingetrokken wetsvoorstel betreffende afgebroken onderhandelingen (art. 6.5.2.8a ontwerp-BW) verwees ook naar ‘onaanvaardbaarheid’ van het afbreken van onderhandelingen, hetgeen was ontleend aan de bepalingen betreffende de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid, zonder dat een keuze is gemaakt voor de grondslag. De grondslag van de ‘onaanvaardbaarheid’ van het afbreken van onderhandelingen kan zijn gelegen in de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 2 BW) en/of de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW. De inhoud van beide normen verschilt bij de beoordeling van het afbreken van onderhandelingen niet.”

Aansprakelijkheid voor het afbreken van onderhandelingen kan volgens Tjittes alleen bestaan indien het afbreken van onderhandelingen onaanvaardbaar is (op grond van de redelijkheid en billijkheid en/of schending van de zorgvuldigheidsnorm). Die benadering sluit volgens Tjittes ook beter aan bij wetgeving en rechtspraak in de ons omringende landen.

De aanvullende werking van art. 6:2 lid 2 BW geniet bij Tjittes¹⁶⁵ als bron van verbintenissen de voorkeur boven de strengere maatstaf van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 BW. De Vries onderschrijft dat. Volgens hem werd in het voorgestelde art. 6.5.2.8a Ontw. NBW en door de Hoge Raad verwezen naar de derogerende werking van art. 6:248 lid 2 BW.¹⁶⁶ De Vries ziet in de rechtstreekse toepassing van de derogerende werking van art. 6:248 lid 2 BW (terecht naar mijn mening) een problematische situatie.¹⁶⁷

In de Asser-serie¹⁶⁸ wordt door Sieburgh beargumenteerd dat de onderhandelingsfase zich leent voor analoge toepassing van art. 6:248 BW;

“De onderhandelingsfase leent zich zeer wel voor analoge toepassing van art. 6:248 BW (redelijkheid en billijkheid, onder meer als bron van verbintenissen), met name indien de onderhandelingen zich zodanig verdicht hebben dat een overeenkomst nabij gekomen is. Aangezien de grenzen hier vanzelfsprekend vloeiend zijn, is het verantwoord de analoge toepasselijkheid voor zover de rechtsverhouding dat rechtvaardigt, naar voren in de tijd uit te breiden.”

constructie nimmer volmondig door de Hoge Raad herhaald. Wel werd de rechtmatigedaadsconstructie bij afgebroken onderhandelingen nog genoemd in de toelichting op art. 6.5.2.8a ontwerp-BW³² en ook in lagere rechtspraak is de constructie toegepast bij afgebroken onderhandelingen. De constructie is naar mijn mening gelet op de beperkte en terughoudende maatstaf van aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen onnodig en gekunsteld.”

¹⁶⁴ Tjittes, *Themis* 2016-5, p. 243

¹⁶⁵ Tjittes 2018, p. 76

¹⁶⁶ Vries 2016, p. 98

¹⁶⁷ Vries 2016, p. 98:

“De verwijzing naar de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, naar lid 2 van 6:248 BW, in de toelichting op art. 6.5.2.8a Ontw. NBW is overigens iets problematisch. In het artikellid is immers bepaald dat een tussen partijen krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel niet van toepassing is, voor zover dat in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De bepaling stelt slechts vast dat een regel, die in het normale geval geldt, in het ongewone geval niet geldt. De derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid kan niet meebrengen dat een regel die niet van toepassing is, van toepassing wordt (HR 6 februari 2004, NJ 2004/349 (Van der Linde/Heutink)). Het is daarom wetssystematisch wonderlijk dat lid 2 de bron van een verbintenis zou zijn. (...) Het kan alleen gaan om analoge toepassing, omdat art. 6:248 BW niet rechtstreeks van toepassing is, nu er nog geen overeenkomst is.”

¹⁶⁸ Sieburgh 2018/202

Hierbij tekent Sieburgh aan dat de Hoge Raad de redelijkheid en billijkheid in die gehele periode tot maatstaf voor de gedragingen van partijen heeft verheven.¹⁶⁹ Van maatstaf naar grond (red. voor het aannemen van bron van verbintenis) is slechts een kleine stap, aldus Sieburgh.¹⁷⁰

Onrechtmatige daad

Voor het wijzen van het arrest Plas/Valburg wees de Hoge Raad een vordering tot schadevergoeding wegens het ongerechtvaardigd afbreken van onderhandelingen al toe op grond van onrechtmatige daad.¹⁷¹ In de literatuur is een brede stroming die aanknopingspunten ziet bij art. 6:162 BW als bron van verbintenis tot schadevergoeding.¹⁷²

Smeehuizen c.s. beargumenteren dat de Plas/Valburg doctrine afgeschaft kan worden.¹⁷³ Als bron van verbintenis voor de tweede fase van de Plas/Valburg doctrine is volgens hen de onrechtmatige daad de oplossing. De derde fase wordt door Smeehuizen c.s. gezien als een stadium waarin reeds sprake is van een rompovereenkomst.

Tjittes benoemt de onrechtmatige daad eveneens als mogelijkheid. Hoewel door hem wordt geopteerd voor de redelijkheid en billijkheid ziet Tjittes in geval van afgebroken onderhandelingen geen wezenlijk verschil tussen redelijkheid en billijkheid en onrechtmatige daad als bron van verbintenis:

*“Het enige denkbare verschil zou kunnen liggen in het vereiste van de toerekenbaarheid van een onrechtmatige daad, een vereiste dat niet geldt bij de redelijkheid-en-billijkheidstoets. Naar de kern genomen bestaat er geen verschil, omdat degene die onaanvaardbaar de onderhandelingen afbreekt daarvan zal weten of behoren te weten, zodat toerekening op grond van verwijtbaarheid in dat geval gegeven is.”*¹⁷⁴

Nieuwenhuis ziet de onrechtmatige daad als mogelijke bron van verbintenis tot schadevergoeding/dooronderhandelen bij het ongerechtvaardigd afbreken van onderhandelingen. Voor Nieuwenhuis is de kern van de schadeplicht gelegen in de vraag of er op ongeoorloofde wijze is geprofiteerd van de intellectuele inspanningen van de niet afbrekende partij.¹⁷⁵

Volgens Ruygvoorn wordt de onrechtmatige daad door de Hoge Raad gebruikt als bron van de verbintenis tot schadevergoeding nu er sprake is van schending van het totstandskomingsvertrouwen:

“(…) wordt aangenomen dat de grondslag voor een aanspraak uit ongelegitimeerd afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase de onrechtmatige daad is. De onrechtmatigheid bestaat er dan in dat het in de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar was om de onderhandelingen af te breken en die onaanvaardbaarheid wordt door de Hoge Raad gestoeld op het niet handelen door de afbrekende partij in overeenstemming met het (subjectief aanwezige maar ook objectief, rechtens relevante) vertrouwen dat deze partij bij de onderhandelingspartner heeft gewekt omtrent – kort gezegd – de kans op het tot stand komen van de overeenkomst waarover werd onderhandeld. Wie niet handelt in

¹⁶⁹ Sieburgh 2018/205. Sieburgh start haar beschouwing met het arrest Quint/Te Poel en verwijst vervolgens naar “die gehele periode”.

¹⁷⁰ Sieburgh 2018/205

¹⁷¹ o.a. HR 16 januari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4132, NJ 1981/426. Zie ook hoofdstuk 1

¹⁷² Zie Ruygvoorn 2009, p. 290 e.v., zie ook Jansen 2012, p. 28 en Bollen WNPR 2004, p. 861 en Sieburgh 2014/202 met een opsomming van bronnen.

¹⁷³ Smeehuijzen & Oosten, AA 2015, p. 72

¹⁷⁴ Tjittes, Themis 2016-5, p. 244

¹⁷⁵ Nieuwenhuis, AA 2010, p. 288-290

overeenstemming met het vertrouwen dat hij daaromtrent bij zijn onderhandelingspartner heeft gewekt, handelt maatschappelijk onzorgvuldig en daarmee onrechtmatig (...).¹⁷⁶

In een reactie op een artikel van Nieuwenhuis¹⁷⁷ stelt Ruygvoorn opnieuw dat hij van mening is dat de grondslag van de vordering tot schadevergoeding in de onderhandelingsfase gelegen is in de onrechtmatige daad. De Hoge Raad knoopt de onrechtmatigheid bij afgebroken onderhandelingen vast aan de schending van gewekt vertrouwen, aldus Ruygvoorn.¹⁷⁸ Nieuwenhuis ziet wel de onrechtmatige daad (en ongerechtvaardigde verrijking) als bron van verbintenis(sen), maar volgens Ruygvoorn heeft Nieuwenhuis daarbij de verkeerde gedachtegang: onderhandelingen mogen zijn inziens worden afgebroken tot het moment waarop gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen is ontstaan¹⁷⁹ en niet, zoals Nieuwenhuis stelt, omdat op ongeoorloofde wijze is geprofiteerd van de intellectuele inspanningen van de niet afbrekende partij.¹⁸⁰ Valk stelt eveneens dat een bron van de verbintenis in de tweede fase van de Plas/Valburg doctrine kan worden gevonden via de weg van de onrechtmatige daad.¹⁸¹ Voor een beoordeling of er sprake is van een onrechtmatige daad is dan van belang of schadevergoeding moet worden betaald omdat onrechtmatig is gehandeld, getoetst volgens de Kelderluik-criteria.¹⁸²

Ongerechtvaardigde verrijking

Ruygvoorn ziet de ongerechtvaardigde verrijking als bron van de verbintenissen, naast de onrechtmatige daad:

*“Naar mijn mening zal de onrechtmatige daad als juridische grondslag voor een aansprakelijkheidstelling in verband met ongelegitimeerd afgebroken onderhandelingen in verreweg de meeste gevallen een afdoende grondslag vormen. Toch kan niet worden ontkend dat er situaties denkbaar zijn waarin het afbreken van de onderhandelingen niet als een handelen kwalificeert dat in strijd is met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, maar dat wel heeft geleid tot bijv. een vermogensverschuiving tussen de onderhandelende partijen die rechtens zou moeten worden hersteld omdat dit resultaat als onredelijk wordt ervaren. In dergelijke situaties is het m.i. evenmin als bij de typische gevallen van aansprakelijkheid wegens ongelegitimeerd afgebroken onderhandelingen noodzakelijk om toevlucht te zoeken tot alternatieve grondslagen van aansprakelijkheid zoals het hiervoor reeds ter sprake gekomen leerstuk van de redelijkheid en billijkheid als eventuele zelfstandige bron van verbintenissen. Ook hier meen ik namelijk dat het privaatrecht al over een prima instrumentarium beschikt waarmee de praktijk in voorkomend geval uit de voeten kan. Ik heb het dan met name over het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking.”*¹⁸³

Ruygvoorn benoemt de ongerechtvaardigde verrijking als theoretische mogelijkheid, hij zelf geeft de voorkeur aan toepassing van de onrechtmatige daad.¹⁸⁴ Valk stelt dat een grondslag van de verbintenis tot schadevergoeding uit de tweede fase van de Plas/Valburg doctrine ook bereikt kan worden via de weg van de ongerechtvaardigde verrijking, naast de eerder benoemde

¹⁷⁶ Ruygvoorn, *NTBR* 2011, p. 69.

¹⁷⁷ Nieuwenhuis, *AA* 2010, p. 288-290. Nieuwenhuis stelt dat dat totstandkomingsvertrouwen als aanknopingspunt voor schadevergoeding wegens afgebroken onderhandelingen geen bruikbaar criterium is.

¹⁷⁸ Ruygvoorn, *AA* 2010, p. 737

¹⁷⁹ Ruygvoorn, *AA* 2010, p. 738

¹⁸⁰ Nieuwenhuis, *AA* 2010, p. 290

¹⁸¹ Valk 2016, par. 80a

¹⁸² HR 5 november 1965, ECLI:NL:PHR:1965:AB7079 (*Kelderluik*). Valk stelt in Valk 2016, par. 80a, dat in dit geval wordt getoetst de mate waarin het voorzienbaar was dat door de niet afbrekende partij (extra) kosten werden gemaakt in relatie tot de kosten van de afbrekende partij, de omvang van de kosten en of de kosten voorkomen konden worden, bezien tegen wat in het handelsverkeer gebruikelijk is en fatsoenlijk is.

¹⁸³ Ruygvoorn, *Recht en Praktijk* 2009, nr. 173, par. 8.4.4

¹⁸⁴ Ruygvoorn, *Recht en Praktijk* 2009, nr. 173, par. 8.4.5

weg van de onrechtmatige daad.¹⁸⁵ Valk verwijst hierbij naar de gevallen waarin de ene partij weliswaar om goede redenen de onderhandelingen afbreekt, maar dankzij de inspanningen van de tegenpartij gedurende de onderhandelingen met een nieuwe aspirant-wederpartij zich kosten kan besparen.

Nieuwenhuis¹⁸⁶ is van mening dat aansluiting zoeken bij de door de Hoge Raad gebruikte term 'gerechtvaardigd vertrouwen' geen grondslag voor schadevergoeding kan zijn. Volgens Nieuwenhuis is er sprake van een cirkelredenering:

*"Op dit punt geraken wij onvermijdelijk in een draaikolk. Als een partij de onderhandelingen niet mag afbreken, heeft de wederpartij het recht om te vertrouwen dat een overeenkomst tot stand komt. Maar wanneer mag een partij de onderhandelingen niet afbreken? Precies: als de wederpartij mag vertrouwen dat een overeenkomst tot stand komt. En zo voort, en zo verder."*¹⁸⁷

Nieuwenhuis bespreekt de mogelijkheid om via de weg van de DCFR¹⁸⁸ tot een (aan ongerechtvaardigde verrijking vergelijkbare) grondslag tot de verplichting tot schadevergoeding te komen. Nieuwenhuis stelt er recht is op vergoeding van gemaakte kosten omdat op ongeoorloofde wijze is geprofiteerd van intellectuele inspanningen. Nieuwenhuis verwijst daartoe naar een voorbeeld in de toelichting op de bepaling in de DCFR, luidende:

*'A person who is engaged in negotiations has a duty (...) not to break off negotiations contrary to good faith and fair dealing' (Article II. – 3:301).*¹⁸⁹

Nieuwenhuis stelt dat schending van de 'duty not to break off negotiations contrary to good faith and fair dealing' een toereikende grondslag voor schadevergoeding is. Onrechtmatige daad en ongerechtvaardigde verrijking zijn volgens Nieuwenhuis de aangewezen bronnen van verbintenissen waaruit de plicht tot schadevergoeding ontstaat.¹⁹⁰

3.3 Conclusie hoofdstuk 3

In dit hoofdstuk werd de literatuur onderzocht op de vraag of het arrest Plas/Valburg na het wijzen van het arrest CBB/JPO nog als relevant wordt beschouwd. Tevens werden de opinies in de literatuur geanalyseerd op grond van welke bron(nen) van verbintenissen de vorderingen tot schadevergoeding, dan wel dooronderhandelen kunnen worden gebaseerd.¹⁹¹

¹⁸⁵ Valk 2016, par. 80a

¹⁸⁶ Nieuwenhuis, AA 2010, 'Plas/Valburg, het dieptepunt' p. 288-290. Nieuwenhuis is duidelijk negatief gestemd over het arrest Plas/Valburg omdat er sprake is van een cirkelredenering.

¹⁸⁷ Nieuwenhuis, AA 2010 p. 288

¹⁸⁸ Castermans NTBR 2011/39:

"Het Draft Common Frame of Reference (red. DCFR), in zijn definitieve vorm uitgegeven in 2009, kent drie doelstellingen. Ten eerste staat het model voor een 'politiek' Common Frame of Reference. Ten tweede draagt het als academische tekst bij aan het besef dat er zoiets bestaat als een Europees privaatrecht en dat de verschillende systemen van privaatrecht maar in een paar gevallen tot verschillende resultaten leiden. Ten derde biedt het de praktijk inspiratie voor passende oplossingen voor problemen van privaatrechtelijke aard."

¹⁸⁹ Nieuwenhuis leest in 'good faith and fair dealing' geen redelijkheid en billijkheid maar juist de ongerechtvaardigde verrijking.

¹⁹⁰ Nieuwenhuis, AA 2010, p. 288

¹⁹¹ Uitgaande van de opgenomen verwijzingen in Kluwer Navigator (In totaal geeft Kluwer Navigator aan dat er 284 verwijzingen zijn naar het arrest. In het onderzoek liet ik de commentaren buiten beschouwing) wordt in de vakliteratuur 72 keer verwezen naar het arrest Plas/Valburg. Uit deze literatuur is een selectie gemaakt die de rechtsregels weergeven. Het arrest CBB/JPO kent 47 verwijzingen. Er wordt onderzocht wat in de literatuur (voornamelijk sinds 2005) is geschreven over wat geldend recht is bij de precontractuele schadeplicht, op welke grondslag dit recht dan volgens de literatuur is gebaseerd en welke ontwikkelingen waar te nemen zijn.

De conclusie is dat het arrest Plas/Valburg, ondanks het arrest CBB/JPO, volgens de meerderheid van de literatuur nog steeds als geldend recht gezien kan worden.¹⁹²

Zowel voor- als tegenstanders van de Plas/Valburg doctrine constateren dat de Hoge Raad in zijn arrest CBB/JPO de eerdere arresten VSH/Shell, De Ruiters/MBO en ABB/Staat aan elkaar knoopt tot een maatstaf. Die consensus in de literatuur over de maatstaf die aan het leerstuk ten grondslag ligt leidt desondanks tot andere conclusies over de actuele betekenis van het arrest Plas/Valburg.¹⁹³ De oorzaak van de verschillende opvattingen in de literatuur is gelegen in het niet benoemen van het arrest Plas/Valburg door de Hoge Raad in het arrest CBB/JPO. Ruygvoorn en Hartlief lezen in de arresten van de Hoge Raad sinds Plas/Valburg alleen een nadere invulling van de drie fasen. Wolters spreekt zich niet duidelijk uit maar lijkt die lijn ook te volgen. Met de interpretatie in de literatuur dat de Hoge Raad in het arrest CBB/JPO vasthoudt aan het arrest Plas/Valburg krijgt het arrest CBB/JPO ook een bepaalde lading; In de literatuur is beargumenteerd dat een vordering tot vergoeding van het negatieve contractbelang meer kans van slagen had gehad.¹⁹⁴ Was die ingesteld, dan was de tweede fase uit het arrest Plas/Valburg wellicht wel door de Hoge Raad besproken. De reden dat het arrest CBB/JPO een aanvulling van het arrest Plas/Valburg is volgt uit de grond van de klachten die in cassatie zijn ingesteld. Op deze wijze gelezen zijn de klachten een beroep op de aan het arrest Plas/Valburg ontleende derde fase.¹⁹⁵

Smeehuizen c.s. en Valk achten de drie fasen uit het arrest Plas/Valburg overbodig, maar zien de Plas/Valburg doctrine nog wel toegepast worden. Ruygvoorn ziet in het arrest CBB/JPO een voorzetting van de duidelijk uiteengezette uitgangspunten uit Plas/Valburg. Tjittes¹⁹⁶ volgt Valk, zij het dat hij nuanceert. Wechem¹⁹⁷ oppert dat de Hoge Raad met het arrest Greenib Car/Van Dam¹⁹⁸ in 2013 opnieuw sturing aan het vraagstuk heeft willen geven, maar dat het vraagstuk tegenwoordig een twee fasenleer betreft.

De vraag welke bron van verbintenissen ten grondslag ligt aan de verbintenis tot schadevergoeding/dooronderhandelen bij schending van het gerechtvaardigd vertrouwen heeft geleid tot een uitvoerige discussie in de literatuur.¹⁹⁹ Zoals blijkt uit de tweede paragraaf van dit hoofdstuk worden in de literatuur drie mogelijke bronnen voor verbintenissen beargumenteerd.

Een eerste mogelijke bron betreft de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 BW/6:248 BW). Zowel Sieburgh, Tjittes en De Vries zoeken aansluiting bij de terminologie van de Hoge Raad en de wetgever (inzake het niet ingevoerde art. 6.5.2.8a Ontw. NBW) voor de redelijkheid en billijkheid als grond van de verbintenissen.

¹⁹² Er bestaat discussie over de vraag of de Hoge Raad de onderhandelingsfase terecht als rechtsverhouding heeft aangemerkt. Zie hierover Kluiver 1992, p. 31-33 en zie ook Barendrecht 1992. Voor een tegengeluid: Bakker 2012.

¹⁹³ Bijvoorbeeld “tegenstander” Tjittes 2018, p. 84 en “voorstander” Ruygvoorn, *Contracteren* 2001, nr. 2, par. 1

¹⁹⁴ Bollen, *WNPR* 2004/6596

¹⁹⁵ Knijp, *NJB* 2005 p. 2375-2376

¹⁹⁶ o.a. Tjittes, 2018

¹⁹⁷ Wechem, *NJB* 2013/785

¹⁹⁸ HR 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6755 (*Greenib Car/Van Dam*)

¹⁹⁹ Zie bijvoorbeeld hierover HR 29 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1855, *NJB* 2008/687, m.nt. C.J.M. Bollen (*Vollenhoven/Shell*) en verwijzing in HR 30 december 2007, ECLI:NL:PHR:2008:BC1855 (concl. J. Spier), r.o. 4.4. Spier verwijst naar Asser-Hartkamp II nr 164 e.v.; mon. Privaatrecht 5 (Ruygvoorn) blz. 70 en vooral ook, mede voor een schat aan verdere bronnen, Verbintenissenrecht Art. 217-227 I (Blei Weissmann) aant. 44 e.v.

Ruygvoorn, Valk, Nieuwenhuis, Tjittes en Smeehuizen c.s. zoeken de grond van de verbintenissen onder andere in de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). De argumentatie daartoe verschilt. Zo ziet Ruygvoorn de onrechtmatigheid in het afbreken van de onderhandelingen ondanks gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen. Nieuwenhuis neemt onrechtmatigheid aan omdat op ongeoorloofde wijze is geprofiteerd van de intellectuele inspanningen van de niet afbrekende partij.

Als derde optie wordt de ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW) gezien. Valk, Ruygvoorn en Nieuwenhuis zien de ongerechtvaardigde verrijking vooral als optie naast de onrechtmatige daad. Nieuwenhuis zoekt aansluiting bij het DCFR om de ongerechtvaardigde verrijking als een toereikende grondslag voor schadevergoeding te kunnen beargumenteren.

De conclusie is dat de Plas/Valburg doctrine niet aan belang heeft ingeboet, maar dat in de literatuur wel geluiden opgaan om de doctrine ter herzien. De literatuur geeft geen duidelijk uitsluitsel over de bron van de verbintenis waaraan het rechtsgevolg schadevergoeding/dooronderhandelen te koppelen is. De genoemde opties lijken de oplossing te zoeken in de bestaande in de wet genoemde bronnen tot verbintenissen en niet de gedachtegang te volgen dat de Hoge Raad met het arrest Plas/Valburg een nieuwe bron van verbintenissen in het leven heeft geroepen. Opvallend is dat in de literatuur geen analoge toepassing wordt gezocht bij het contract als bron van verbintenis.²⁰⁰ Des te opvallender omdat veel van de in deze scriptie besproken auteurs de derde fase van de Plas/Valburg doctrine als onnodig beschouwen, omdat er dan ook een rompovereenkomst aangenomen kan worden.

²⁰⁰ Een mogelijkheid die juist volgt uit het arrest Quint/Te Poel

Conclusie en beschouwing

4.1 Conclusie

Met de overeenkomst (contract) verplichten partijen zich tot de uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen. Aan het bestaan van die verplichtingen (verbintenissen) worden door de wetgever belangrijke rechtsgevolgen verbonden, nu nakoming van de verbintenissen in rechte afgedwongen kan worden. Het aangaan van een overeenkomst kan dus verstrekkende gevolgen hebben. Voorafgaand aan het tot stand komen van complexere overeenkomsten voeren partijen dan ook vaak onderhandelingen alvorens in de overeenkomst vast te leggen waartoe zij zich verplichten. Deze onderhandelingen leiden niet altijd tot een overeenkomst.

In beginsel zijn partijen volledig vrij om met elkaar in onderhandeling te treden. Komen partijen niet tot overeenstemming dan kunnen zij terugtreden uit de onderhandelingen. Deze vrijheid wil echter niet zeggen dat de onderhandelingsfase geen rechtsgevolg kan hebben zo blijkt uit de jurisprudentie van de Hoge Raad. Voorkomen dient te worden dat (ongerechtvaardigd) geprofiteerd wordt van afgebroken onderhandelingen.

De Hoge Raad geeft in het arrest Plas/Valburg aan dat de objectieve goede trouw (redelijkheid en billijkheid) met zich meebrengt dat afbreken van onderhandelingen ongerechtvaardigd kan zijn. Het kernbegrip bij het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen is schending van het gerechtvaardigd vertrouwen dat er een overeenkomst tot stand zou komen. Is er sprake van voldoende mate van vertrouwen bij de wederpartij dan ontstaat er een verbintenis tot schadevergoeding/dooronderhandelen. De Hoge Raad benoemt niet de bron van de verbintenissen die ten grondslag ligt aan deze vordering. De wet kent geen specifieke bron waaruit verbintenissen in de precontractuele fase kunnen voortvloeien.

In de literatuur wordt vrij algemeen gesteld dat de Hoge Raad in het arrest Plas/Valburg een driefasenleer heeft vormgegeven (de z.g.n. Plas/Valburg doctrine). Het arrest CBB/JPO uit 2005 formuleert een strenge en tot terughoudendheid nopen de maatstaf²⁰¹ bij ongerechtvaardigd afgebroken onderhandelingen. Niet duidelijk is of de in het arrest CBB/JPO geformuleerde maatstaf is bedoeld ter vervanging of aanvulling van de Plas/Valburg doctrine.

Vanwege deze onduidelijkheid binnen het leerstuk van de schadeplicht bij afgebroken onderhandelingen werd in deze scriptie onderzocht wat de betekenis van de Plas/Valburg doctrine in de jurisprudentie van de Hoge Raad sinds 2005 nog is. Tevens werd in deze scriptie onderzocht welke bronnen van verbintenissen ten grondslag kunnen liggen aan de rechtsgevolgen (schadevergoeding/dooronderhandelen) van het ongerechtvaardigd afbreken van onderhandelingen.

Geconcludeerd kan worden dat in de jurisprudentie van de Hoge Raad sinds 2005 geen rechtstreekse verwijzing is te vinden naar het arrest Plas/Valburg. Echter, daaruit kan niet worden geconcludeerd dat het arrest niet langer relevant is. Zoals blijkt uit hoofdstuk 3 van deze scriptie zien Wechem, Hartlief, Sieburgh, Smeehuizen c.s. en Ruygvoorn nog wel degelijk toepassing van de doctrine (met name in de lagere rechtspraak). Wechem concludeert naar aanleiding van het arrest Greenib Car/Van Dam²⁰² dat er thans sprake is van een tweefasenleer.

²⁰¹ HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337 (*CBB/JPO*), r.o. 3.7

²⁰² HR 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6755 (*Greenib Car/Van Dam*)

Valk en Tjittes zien de doctrine ook toegepast worden, maar stellen dat op andere wijze invulling gegeven kan worden aan het vraagstuk. Valk en Smeehuizen c.s. bepleiten om de doctrine helemaal af te schaffen. De conclusie is dat de driefasenleer van het arrest Plas/Valburg nog steeds als geldend recht gezien moet worden. Uit het niet (rechtstreeks) verwijzen naar het arrest kan mijns inziens niet worden geconcludeerd dat het arrest niet langer relevant is. De wet bevat geen wetsartikel, waaruit een verbintenis in de precontractuele fase voortvloeit, die invulling geeft aan de rechtsverhouding waartoe partijen in die fase zijn verbonden.²⁰³

De bron van de verbintenis tot schadevergoeding/dooronderhandelen leek een basis te hebben gevonden in het artikel 6.5.2.8a Ontw. NBW. Dit artikel is echter nooit ingevoerd. De ontwikkelingen zijn door de wetgever bewust aan de rechtspraak overgelaten. Onduidelijk blijft wat de bron van de verbintenis tot schadevergoeding is. De Hoge Raad stelt (o.a.) in de arresten Plas/Valburg en CBB/JPO dat de grondslag voor het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen gerechtvaardigd vertrouwen is, maar noemt niet de bron van de verbintenis waaruit de verplichting tot schadevergoeding of dooronderhandelen voortvloeit. In de conclusies bij diverse arresten²⁰⁴ worden door A-G Timmerman en Spier wel pogingen gedaan om voor een onderbouwing van de uit de onderhandelingen voortvloeiende verbintenis zorg te dragen. Hierbij worden de onrechtmatige daad en de redelijkheid en billijkheid genoemd. De Hoge Raad onderschrijft noch ontkracht dit. In zijn arrest uit 2011²⁰⁵ lijkt de Hoge Raad de redelijkheid en billijkheid wel als de mogelijke bron van een verbintenis tot schadevergoeding te beschouwen. Dit kan echter niet met zekerheid worden geconcludeerd aangezien partijen in deze zaak een onderhandelingsovereenkomst hadden gesloten én uitdrukkelijk hadden vastgelegd dat voor kostenvergoeding een aanvullende overeenkomst noodzakelijk was.

In de literatuur worden, goed onderbouwd door de meeste schrijvers²⁰⁶, tegenovergestelde conclusies getrokken. Er worden in de literatuur drie mogelijkheden als bron van verbintenis beargumenteerd, te weten redelijkheid en billijkheid, onrechtmatige daad en ongerechtvaardigde verrijking. Een eerste mogelijke bron betreft de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 BW/6:248 BW). Zowel Sieburgh, Tjittes en De Vries zien de redelijkheid en billijkheid als mogelijke grond van de verbintenissen. Ruygvoorn, Valk, Nieuwenhuis, Tjittes en Smeehuizen c.s. zoeken de grond van de verbintenissen onder andere in de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). Als mogelijke optie wordt door Valk, Ruygvoorn en Nieuwenhuis de ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW) gezien. Voor zowel de onrechtmatige daad als de redelijkheid en billijkheid lijkt goed te beargumenteren dat deze als bron van de verbintenis tot schadevergoeding bij het ongerechtvaardigd afbreken van onderhandelingen heeft te gelden. De onrechtmatige daad lijkt de meeste steun te krijgen in de literatuur, hoewel de mogelijkheid van de redelijkheid en billijkheid open wordt gehouden gezien de brede betekenis van dit rechtsbegrip. De noodzaak tot het formuleren van een bron van verbintenissen voor de mogelijke schadeplicht als gevolg van de precontractuele redelijkheid en billijkheid is duidelijk gezien art. 6:1 BW.²⁰⁷ Opvallend is dat er in de literatuur veel over het onderwerp wordt geschreven, maar dat de Hoge Raad zich daar weinig aan gelegen laat liggen hoewel zich daartoe (meerdere) mogelijkheden hebben voorgedaan.

²⁰³ Zie hierover Nieuwenhuis, AA 2010, p. 288

²⁰⁴ Zie o.a. HR 29 oktober 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BN5612 (concl. L. Timmerman) met een verwijzing naar de CBB/JPO maatstaf. HR 30 december 2007, ECLI:NL:PHR:2008:BC1855 (concl. J. Spier) die de grondslag zoekt in de redelijkheid en billijkheid of onrechtmatige daad. En HR 3 februari 2006, ECLI:NL:PHR:AU8278 (concl. L. Timmerman) r.o. 2.9 t/m 2.12 waarin de grondslag wordt gevonden in de redelijkheid en billijkheid.

²⁰⁵ Zie H2 “de onderhandelingsovereenkomst”; HR 27 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8707

²⁰⁶ Zie hoofdstuk 3

²⁰⁷ Vries 2016 p. 103

4.2 Beschouwing

Binnen het leerstuk van het ongerechtvaardigd afbreken van onderhandelingen heeft de Hoge Raad duidelijk gemaakt dat de contractsvrijheid niet vrijblijvend behoeft te zijn. Wanneer onderhandelingen²⁰⁸ worden afgebroken doen zich situaties voor waarin het maatschappelijk onacceptabel is dat het afbreken niet leidt tot een schadeplicht. De Hoge Raad stelt dat schending van “gerechtvaardigd vertrouwen” leidt tot die schadeplicht. Centraal staat daarbij hoe partijen zich tegenover elkaar moeten gedragen, nu het “gerechtvaardigd vertrouwen” voortvloeit uit wat over en weer uit het gedrag van de onderhandelende partijen opgemaakt mag worden. Onderhandelingsgedrag is balanceren tussen eigen belang en ethisch verantwoord handelen. Onderhandelen brengt ons 2500 jaar terug in de tijd, naar het filosoferen van Aristoteles en de deugdedthiek. Morele verstandigheid. Balans.²⁰⁹ Kortom: wat de maatschappij in de tijdsgeest van het moment (on)acceptabel gedrag acht. Met het arrest Plas/Valburg heeft de Hoge Raad duidelijk gemaakt dat het binnen de contractsvrijheid wenselijk is dat bepaalde gedragingen consequenties met zich meebrengen. Vervolgens heeft de Hoge Raad met het arrest CBB/JPO bepaald dat we terughoudend moeten zijn in het beperken van de (contracts)vrijheid. Uit het onderzoek blijkt dat er in de praktijk ook sprake is van die terughoudendheid. In vrijwel alle zaken werd (zonder nadere motivatie door de Hoge Raad) geoordeeld dat er geen sprake was van ongerechtvaardigd afgebroken onderhandelingen. Na 2005 oordeelde de Hoge Raad eenmaal dat het afbreken van de onderhandelingen ongerechtvaardigd was, waarbij de Hoge Raad direct inzicht gaf in de mogelijkheid tot vergoeding van het positief contractsbelang.²¹⁰ Naar mijn mening heeft de Hoge Raad een evenwicht beoogd tussen contractsvrijheid en het ongerechtvaardigd afbreken van onderhandelingen. Ik concludeer dat de Hoge Raad in zijn jurisprudentie de contractsvrijheid zo vrij mogelijk probeert te houden en minimaal invloed uitoefent op de bijzondere rechtsverhouding tussen onderhandelende partijen. Uit het feit dat het merendeel van de aan de Hoge Raad voorgelegde zaken werd afgedaan onder artikel 81 R.O. en dat in de lagere de Plas/Valburg doctrine wordt toegepast blijkt de er bij de Hoge Raad ook geen behoefte bestaat nadere sturing te geven aan de beperking van de contractsvrijheid. Ik denk dat dit een wenselijke situatie is: Partijen nemen door in onderhandeling te treden bewust een onderhandelingsrisico. Die risico's proberen partijen te beperken. Slagen zij hier niet in, dan kan de lagere rechtspraak blijkbaar daarover oordelen met de op dit moment voorhanden zijnde jurisprudentie.

Welke bron van verbintenissen aan maatschappelijk onwenselijk onderhandelingsgedrag gekoppeld kan worden is naar mijn mening van ondergeschikt belang, zolang maar duidelijk is dat ongewenst gedrag binnen het kader contractsvrijheid consequenties kan hebben. Zoals uit deze scriptie blijkt is een invulling van de bron van verbintenissen tot schadevergoeding mogelijk door middel van drie verschillende opties. Mijn voorkeur als bron van verbintenissen heeft onrechtmatige daad of ongerechtvaardigde verrijking. De motivatie van Nieuwenhuis, dat als mogelijke bron van de verbintenissen tot schadevergoeding de onrechtmatige daad of ongerechtvaardigde verrijking in aanmerking kunnen komen, heeft mijn ondersteuning. De auteur baseert zich op voor mij begrijpelijke wijze op maatschappelijk niet geaccepteerd gedrag: het op ongeoorloofde wijze profiteren van de intellectuele inspanningen van de niet afbrekende partij. De kritiek die in de onderbouwing van Nieuwenhuis besloten ligt, namelijk dat de precontractuele fase geconstrueerd wordt als een hellend vlak, deel ik niet. In mijn ogen probeert de Hoge Raad de contractvrijheid juist minimaal te beperken en de contractsvrijheid zoveel mogelijk in ere te houden.

²⁰⁸ Ik laat hier de voor het sluiten van een overeenkomst voorafgaande toepasselijke gedragsregels voor banken (omvat in de zorgplicht die volgt uit HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (*De Treek/Dexia*)) en medici (art.7:448 BW) buiten beschouwing nu deze niet op de hier bedoelde onderhandelingsfase toezien.

²⁰⁹ Castermans, 1992, par. 1.2.2: Castermans verwijst naar Posners moraaltheorie en het utilistische karakter.

²¹⁰ HR 29 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1855 (*Vollenhoven/Shell*)

4.3 Afsluitende opmerking

Ik concludeer aan de hand van mijn literatuur- en jurisprudentieonderzoek dat binnen het vraagstuk van de afgebroken onderhandelingen het arrest Plas/Valburg nog een, hoewel niet in de na 2005 gewezen arresten benoemde, relevante plek inneemt. Waar in de lagere rechtspraak de Plas/Valburg doctrine wordt toegepast is dat voor de Hoge Raad geen aanleiding om sturing te geven. Met het arrest Plas/Valburg heeft de Hoge Raad een gedragsnorm vormgegeven die tot op heden nog actueel is, maar zoals volgt uit het arrest CBB/JPO, terughoudend dient te worden toegepast.

Jurisprudentielijst

HvJ EG 26 juni 1980, ECLI:EU:C:1980:169, *NJ* 1981/425 m.nt. E.A. Alkema

HR 15 november 1957, ECLI:NL:PHR:1957:AG2023 (*Baris/Riezenkamp*)
HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AI1600 (*Quint/Te Poel*)
HR 16 januari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4132, *NJ* 1981/426
HR 13 februari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AC2891, *NJ* 1981/456, m.nt. C.J.H. Brunner
HR 26 juni 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4218, *NJ* 1981/493, m.nt. P.A. Stein
HR 15 mei 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4190, *NJ* 1982/85, m.nt. C.J.H. Brunner
HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, *NJ* 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner (*Haviltex*)
HR 18 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4405 (*Plas/Valburg*)
HR 23 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0018 (*VSH/Shell*)
HR 16 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0817 (*Hofman/Vlissingen*)
HR 31 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0255 (*Vogelaar/Skill*)
HR 24 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1674 (*Beliën/Prov. Noord-Brabant*)
HR 16 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1760 (*Shell/Tjallingii*)
HR 5 november 1965, ECLI:NL:PHR:1965:AB7079 (*Kelderluik*)
HR 14 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2105 (*De Ruijterij/MBO-Ruiters*)
HR 4 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2158 (*ABB/Staat*)
HR 26 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9414 (*Regiopolitie/Hovax*)
HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AT7337 (concl. A.S. Hartkamp)
HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337, *NTBR* 2006, m.nt. C. Bollen (*CBB/JPO*)
HR 3 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8278
HR 15 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ2721
HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9686
HR 27 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB5623 (*Efteling/Roompot*)
HR 16 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB6179
HR 29 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1855, *NJB* 2008/687. m.nt. C.J.M. Bollen
(*Vollenhoven/Shell*)
HR 29 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1249
HR 14 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2247
HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (*De Treek/Dexia*)
HR 5 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0011
HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6385
HR 29 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN5612
HR 27 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8707
HR 16 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2213 (*Batavus/Vriend's Tweewielercentrum*)
HR 2 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT2721
HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV5550
HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1748
HR 16 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4004
HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY1891
HR 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6755
HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2013:777
HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2630
HR 26 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1737 (*Gemeente Hof van Twente/Landgoed Hof van Twente*)
HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1870
HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:506

HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1437
HR 9 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2048
HR 13 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1937
HR 7 februari 2020, ECLI:NL:HR:209

HR 14 juni 1968, ECLI:NL:PHR:1968:AC3608 (concl. Berger), *NJ* 1968/331 (*Polak/Zwolsman*)
HR 29 oktober 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BN5612 (concl. L. Timmerman)
HR 30 december 2007, ECLI:NL:PHR:2008:BC1855 (concl. J. Spier)
HR 3 februari 2006, ECLI:NL:PHR:AU8278 (concl. L. Timmerman)
HR 18 maart 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BP8707 (concl. M.H. Wissink)
HR 27 mei 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BP8707 (A-G M.H. Wissink), *NJB* 2011/1178
HR 1 maart 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BY6755 r.o. 2.10 – 2.11 (concl. P. Vlas)

Gerechtshof Arnhem 25 juli 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AY5602
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 20 december 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BU9078
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 22 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1067

Rb. Rotterdam 1 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2960

Aangehaalde literatuur tijdschriften

Bakker, *Recht en Praktijk* 2012

P.S. Bakker, 'Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm', *R&P* 2012, nr. 4, par. 2.3.4.

Bollen, *WNPR* 2004/6596

C. Bollen, 'Afbreken van onderhandelingen: de drie mythes van Plas/Valburg. Van drie fasen naar twee stadia in het onderhandelingsproces', *WNPR* 2004/6596.

Castermans, *NTBR* 2011/39

A.G. Castermans, 'Wat het DCFR heeft opgeleverd', *NTBR* 2011, afl. 39.

Drion, *NJB* 2005/34

C.E. Drion, 'Ons onderhandelingsrecht onder handen', *NJB* 2005, afl. 34, p. 1781.

Grinten, *AA* 1958

W.C.L. van der Grinten, 'noot bij het Baris/Riezenkamp-arrest', *AA* 1958, p. 107.

Hartlief, *AA* 2005

T. Hartlief, 'Aansprakelijkheid ter zake van afgebroken onderhandelingen: terughoudendheid troef', *AA* 2005, p. 1027.

Hartlief, *NJB* 2007

T. Hartlief, 'Hoe soft is ons contractenrecht?', *NJB* 2007, afl. 33, p. 1724.

Jansen, *Themis* 2019

C.J.H. Jansen, 'De ontwikkelingen in het privaatrecht in de eerste jaren na de bevrijding (1945-1950)', *Themis* 2019, afl. 6, p. 219.

Jansen, *Recht en Praktijk* 2012

K.J.O. Jansen, 'Informatieplichten', *R&P* 2012, nr. CA5, par. 2.2.2

Knijp, *NJB* 2005

G.J. Knijp, 'Plas/Valburg geldt nog altijd', *NJB* 2005, afl. 45/46, p. 2375.

Mak, *AA* 2002

C. Mak, 'Aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen. Een vergelijking tussen Nederlands recht en de Principles of European Contract Law', *AA* 2002, p. 62.

Nieuwenhuis, *AA* 2010

J.H. Nieuwenhuis, 'Het dieptepunt: Plas/Valburg', *AA* 2010, p. 288.

Ruygvoorn, *NTRB* 2001

M.R. Ruygvoorn, 'Over de contractuele plicht tot (door)onderhandelen', *NTRB* 2001, afl. 2.

Ruygvoorn, *Contracteren* 2001

M.R. Ruygvoorn, 'Bestaat de 'tweede fase' uit Plas/Valburg nog?', *Contracteren* 2001, nr. 2.

Ruygvoorn, R&P 2009

M.R. Ruygvoorn, Afgebroken onderhandelingen en gebruik voorbehouden, *R&P* 2009, nr. 173.

Ruygvoorn, AA 2010

M.R. Ruygvoorn, 'Wat is er mis met (gerechtvaardigd) totstandskomingsvertrouwen?', *AA* 2010, p. 737.

Ruygvoorn, NTRB 2011

M.R. Ruygvoorn, 'Over de contractuele plicht tot (door)onderhandelen', *NTBR* 2011 afl. 2.

Ruygvoorn, AA 2012

M.R. Ruygvoorn, 'De vordering tot dooronderhandelen nader belicht', *AA* 2012, p. 613.

Smeehuijzen & Oosten, van, AA 2015

J.L. Smeehuijzen & M.L. van Oosten, 'Plas/Valburg: veel rechtsonzekerheid en ondermaats resultaat in de feitenrechtspraak', *AA* 2015, p. 72.

Smeehuijzen & Oosten, van, AA 2015

J.L. Smeehuijzen & M.L. van Oosten, 'Naschrift bij bovenstaande reactie', *AA* 2015, p. 478.

Spanjaard, Contracteren 2015

J.H.M. Spanjaard, 'Pas als hij het zegt!', *contracteren* 2015, nr. 13.

Tjittes, Themis 2016

R.P.J.L. Tjittes, 'De aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen – een kritisch overzicht', *Themis* 2016, afl. 5, p. 237-268

Wechem, NJB 2013

T.H.M. van Wechem, 'Kroniek Vermogensrecht', *NJB* 2013, afl. 15, p. 785-792.

Wolters, AA 2015

P. Wolters, 'Plas/Valburg en de klassieke tegenstelling tussen rechtszekerheid en billijkheid', *AA* 2015, p.475.

Aangehaalde literatuur boeken

Bakker 2012

P.S. Bakker, *Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm*, (Serie Recht en Praktijk – Contracten- en Aansprakelijkheidsrecht CA6), Deventer: Kluwer 2012.

Barendrecht 1992

J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1992.

Castermans 1992

A.G. Castermans, *De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase*, Deventer: Kluwer 1992.

Drion 1967

H. Drion, *Precontractuele verhoudingen naar Nederlands recht* (Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 1967, Jaarboek 1967-1968).

Groeneveld 2015

N.E. Groeneveld-Tijssens, *De verklaring voor recht (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. XVIII)* (diss. Tilburg), Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Jansen 2012

K.J.O. Jansen, *Informatieplichten*, Deventer: Kluwer 2012.

Kluiver 1992

H.J. de Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1992.

Ruygvoorn 2013

M.R. Ruygvoorn, *Contracten in de praktijk*, Deventer: Kluwer 2013

Ruygvoorn 2009

M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, Deventer: Kluwer 2009.

Sieburgh 2018

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht* (6-III Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht) Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Sieburgh 2016

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, (6-I Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht) Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Sieburgh 2014

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht* (6-III Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht) Deventer: Wolters Kluwer 2014.

Sieburgh 2012

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, (6-I Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht) Deventer: Kluwer 2012.

Smits & Stijns 2002

J. Smits & S. Stijns, *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen-Groningen: Intersentia Uitgevers 2002.

Tjittes 2018

R.P.J.L. Tjittes, *Commercieel Contractenrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2018.

Tjittes 2006

R.P.J.L. Tjittes, *De afbraak van de aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen*, in: *Hartkamp-variaties*, Deventer: Kluwer 2006.

Valk 2019

W.L. Valk, *Inleidende opmerkingen bij: Burgerlijk Wetboek Boek 6, Afdeling 2 Het tot stand komen van overeenkomsten* (Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Valk 2016

W.L. Valk, *Rechtshandeling en Overeenkomst* (SBR), 2016.

Vries 2016

F.J. de Vries, *De overeenkomst in het algemeen*, Monografieën BW, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Wessels 1998

B. Wessels: *Onderhandelen, bemiddelen en schikken*, Deventer: Kluwer 1998.